

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME
SUR LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTÉ.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

MARCEL REUFLET.

Soutenue le Lundi 30 Octobre 1899, à neuf heures et demie

DEVANT

MM. LÉON MICHEL, *Président.*

CHÉNON, Professeur,

PIÉDELIÈVRE, Agrégé,

} *Assesseurs.*

LILLE,

IMPRIMERIE L. DANIEL.

1899.

DE
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME
SUR LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTÉ.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME
SUR LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTÉ.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

MARCEL REUFLET.

Soutenue le Lundi 30 Octobre 1899, à neuf heures et demie

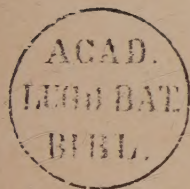
DEVANT

MM. LÉON MICHEL, *Président*.

CHÉNON, Professeur,

PIÉDELIEVRE, Agrégé,

} *Assesseurs.*



LILLE,

IMPRIMERIE L. DANEL.

—
1899.

UNIVERSITÉ DE PARIS.

FACULTÉ DE DROIT.

THÈSES DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

ET

LES CONQUÊTS DE LA COMMUNAUTÉ

I. — INTRODUCTION.

Sous le régime de la communauté, le mari a, sur les biens communs, des pouvoirs à peu près égaux à ceux qu'il a, comme propriétaire, sur ses propres. Dans notre ancien droit déjà, la plupart des coutumes lui donnaient cette toute-puissance ; nous lisons, par exemple, dans la coutume de Paris, sous l'article 225, que « le mari est seigneur » des meubles et conquêts immeubles par lui faits » durant et constant le mariage de lui et de sa femme. En telle manière qu'il les peut vendre, » aliéner et hypothéquer, et en faire et disposer » par donation ou autre disposition faite entre vifs » à son plaisir et volonté, sans le consentement de » sa dite femme, à personne capable, et sans » fraude ». Le même texte se trouve à l'article 193 de la coutume d'Orléans.

Le Code Civil lui donne, dans l'article 1421, le droit d'administrer seul les biens de la communauté, de les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. Toutefois le texte suivant ne l'autorise plus, comme sous le droit coutumier, à disposer entre vifs, à titre gratuit, des immeubles communs, même à titre particulier, ni de l'universalité ou d'une quotité des meubles, si ce n'est pour l'établissement d'enfants communs.

C'est là une première brèche faite par les rédacteurs du Code aux pouvoirs exorbitants du mari; ils n'ont pas cru, d'ailleurs, devoir abattre les barrières que leurs prédécesseurs avaient opposées à l'omnipotence du chef de la communauté, afin que la femme ne fût pas livrée sans merci à ce pouvoir absolu, dont le mari peut quelquefois abuser. Ils ont donc laissé le droit à la femme, si sa dot est en péril, si le recouvrement de ses reprises lui semble compromis par la mauvaise gestion du mari, de demander la séparation de biens judiciaire, par laquelle, la communauté cessant, les pouvoirs du mari disparaîtront. Comme par le passé, la femme pourra, au jour de la dissolution du mariage, renoncer à une communauté qui lui paraît mauvaise et, ainsi, elle sera censée n'avoir jamais été engagée dans la société de biens avec son mari. Au cas même où elle accepte, l'article

1483 lui maintient la faculté de ne payer les dettes de la communauté que dans la mesure de son émolument, à condition qu'elle ait fait un bon et fidèle inventaire des effets, qui composaient la dite communauté lors de sa dissolution.

Pour permettre à la femme d'exercer efficacement son droit de reprises, pour qu'elle se fit plus facilement indemniser des récompenses qui peuvent lui être dues, les articles 1470 et 1471 ordonnent qu'elle se paiera en nature, par prélèvement sur les biens de la communauté et avant le mari.

On lui donne, de plus, une hypothèque légale et générale, dispensée d'inscription, sur les immeubles de son mari.

C'est tout un arsenal que le Code met au service de la femme pour la protéger contre son mari, mais celle-ci ne peut se servir de ces armes qu'après la dissolution du mariage.

Tant que subsiste l'union, tous les pouvoirs sont entre les mains du mari, chef de l'association conjugale ; il peut faire tout ce qu'il veut des biens de la communauté, il peut aliéner à vil prix les meubles et les immeubles, il peut se ruiner complètement et causer à sa femme le plus grand préjudice, sans que celle-ci puisse même s'en apercevoir.

à la femme, l'hypothèque les grèvera ou ne les atteindra pas. Si la femme renonce à la communauté, elle est censée n'avoir jamais été commune avec son mari, elle n'a jamais été co-propriétaire avec lui des immeubles conquêts ; c'est au mari seul qu'ils ont appartenu ; l'article 2121 veut qu'ils soient, comme tels, grevés de l'hypothèque légale de la femme. Accepte-elle la communauté ? Ceux-là seulement des conquêts, que le partage mettra au lot du mari, seront atteints par l'hypothèque légale. Comme, en vertu de l'effet déclaratif du partage, les immeubles sont censés avoir été la propriété exclusive du mari, depuis le jour de leur entrée en communauté, c'est du jour de leur acquisition que l'hypothèque de la femme devrait prendre rang. Mais ici intervient un autre principe, qui nous force à donner le pas sur le droit de la femme aux autres hypothèques consenties par le mari ; ce principe est que l'acceptation de la communauté par la femme implique de la part de celle-ci la ratification complète des actes faits par le mari.

C'est cette dernière opinion que nous adoptons. Mais avant d'entrer dans l'examen détaillé des différents systèmes, il est utile de résoudre un problème général, dont la solution influe sur la question plus spéciale qui nous occupe.

Il s'agit de la nature juridique de la communauté. Faut-il voir en celle-ci une personne morale, absolument distincte des époux ? Est-ce, au contraire, une indivision, tant que dure le mariage ? Y a-t-il même vraiment communauté, *constante matrimonio*, et ne serait-ce pas seulement à la dissolution du mariage que naîtrait celle-ci, les biens, qui la composent alors, ayant été jusque-là biens du mari ?

On comprend de suite quelle influence aura l'établissement de ce premier point dans la suite de notre discussion. Si la communauté est une personne civile, distincte du mari et de la femme, les immeubles qui la composent ne seront jamais, pendant que vivra cet être moral, soumis à l'hypothèque légale de la femme.

Les biens de communauté ne peuvent être considérés comme biens du mari et, d'après l'article 2121, l'hypothèque de la femme ne porte seulement que sur ceux-là. Ce ne sera donc qu'après le partage des biens de la communauté, que certains des immeubles se trouveront soumis au droit d'hypothèque légale de la femme ; le mari deviendra, en effet, à ce moment propriétaire de certains conquêts qui tomberont ainsi sous le coup de l'article 2121.

L'hypothèque ne prendra rang qu'au jour du

partage, puisque l'immeuble a, jusqu'à ce moment, été la propriété d'un tiers et non pas du mari.

Si, au contraire, nous admettions qu'il n'y a pas de communauté, tant que dure le mariage, si nous disions avec TOULLIER (1) que « la co-propriété » actuelle des biens communs ne s'ouvre réellement qu'au moment où finit la société conjugale, » et que, jusqu'à cette dissolution, le mari est » propriétaire des biens qui composeront la » communauté », nous devrions accorder à la femme une hypothèque légale sur tous les conquêts pendant le mariage, puisque ce sont réellement des biens du mari ; elle pourrait donc toujours user de ses droits de suite et de préférence contre les acquéreurs de ces immeubles ou contre les créanciers à qui le mari donnerait une hypothèque sur ces biens.

Enfin si nous jugeons avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence qu'il y a, du jour du mariage, une véritable indivision entre le mari et la femme, indivision soumise à l'effet déclaratif et rétroactif du partage, nous aurons établi à la théorie que nous voulons défendre une base solide. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, nous pensons qu'il faut attendre le sort du partage pour

(1) TOULLIER. *Contrat de Mariage*, n° 77, 3.

connaître quels conquêts seront grevés de l'hypothèque légale; ceux-là seuls seront atteints qui, devenant biens du mari, seront censés n'avoir jamais appartenu qu'à lui, en vertu de l'article 883, depuis le jour de leur acquisition. Démontrons donc tout d'abord que les biens communs sont indivis entre les époux pendant toute la durée du mariage.

Qu'est-ce que la communauté? POTHIER nous répond que « la communauté est une espèce de société de biens, qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient » (1). Elle rentre donc dans le genre société, où elle constitue une espèce spéciale. Faut-il voir dans cette espèce de société une personne civile?

Des auteurs estiment que toute société, quelle qu'elle soit, par conséquent même la communauté, est un être moral. Cette opinion est celle de PROUDHON, de DURANTON et de BUGNET. Ils invoquent tout d'abord les articles 1848 et 1860.

« L'associé qui n'est point administrateur (article 1860) ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société ».

C'est donc bien, dit-on, un être moral; car si, pendant la société, il y avait indivision de biens

(1) POTHIER. *Traité de la Communauté*, n° 1.

entre les associés, chacun d'eux, co-propriétaire en proportion de sa mise, pourrait hypothéquer et aliéner le bien commun jusqu'à concurrence de sa part. Or, le Code Civil, par l'article 1860, a retiré ce droit aux associés pour ne l'accorder qu'à l'administrateur ; c'est qu'il a voulu que la société fût propriétaire du fonds social, que ses intérêts fussent isolés ; la conclusion est que la société constitue bien une personne morale. Cette opinion est corroborée par l'article 1848. « Lorsque l'un » des associés est pour son compte particulier, » créancier d'une somme exigible envers une » personne, qui se trouve devoir à la société une » somme également exigible, l'imputation de ce » qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la » créance de la société et sur la sienne, dans la » proportion des deux créances, encore qu'il eût » par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur » sa créance particulière ».

Si la société, argumente-t-on, n'était pas considérée par le Code comme un être moral, l'associé, créancier d'un débiteur social, retiendrait au paiement, d'abord la moitié de la somme payée, qui lui revient comme créancier personnel, et, sur l'autre partie, sa part comme associé.

Jean est créancier de Paul d'une somme de deux cents francs et Paul a contracté envers la société

une autre dette de deux cents francs également ; il verse deux cents francs entre les mains de Jean : celui-ci devrait retenir cent francs pour sa part et cinquante francs à titre de co-associé (en supposant qu'ils ne soient que deux). L'article 1848 lui ordonne, au contraire, de remettre cent francs à la société. C'est donc que le Code a voulu que la société ait une personnalité distincte de celles des associés.

Dans bien d'autres endroits, notamment dans les articles 1845, 1846, 1851 et 1852, nous voyons toujours qu'on oppose la société aux associés considérés individuellement, qu'on fait jouer à celle-là le rôle de propriétaire, de créancière ou de débitrice : c'est donc que le législateur a voulu la douer de l'existence morale.

On nous oppose enfin un argument tiré de l'article 529 du Code Civil, mais dont la valeur est des plus contestables.

« Sont meubles par la détermination de la loi
» les actions ou intérêts dans les com-
» pagnies de commerce, de finance ou d'industrie,
» encore que les immeubles, dépendant de ces
» entreprises, appartiennent aux compagnies.
» Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à
» l'égard de chaque associé seulement, tant que
» dure la société. »

Si chaque associé était, proportionnellement à sa part, propriétaire des droits communs, son droit sur un immeuble serait immobilier ; c'est le contraire que décide l'article 529 ; la loi a donc voulu reconnaître la personnalité morale des sociétés civiles.

On ajoute que cette personnalité est d'ailleurs nécessaire, car, par elle, on assoit le crédit de l'association ; grâce à elle, les tiers n'auront pas à s'inquiéter de l'insolvabilité ou du peu de crédit de l'un des co-associés, puisque les créanciers de celui-ci ne concourront jamais avec ceux de la société.

En 1865, la Cour de Cassation donnait raison aux théoriciens qui préconisent ce système. Il s'agissait d'une association, formée pour la mise en commun et l'exploitation d'un droit de chasse.

« Attendu, dit la Cour, qu'il est de l'essence de » semblables associations, aussi bien que des » associations commerciales, de créer au profit » de l'individualité collective, des intérêts et des » droits propres et distincts des intérêts et des » droits de chacun de ses membres ; que dès » lors ces sociétés constituent une personne » civile. » (1)

(1) *Cassation*. Ch. Crim., 18 Nov. 1865. D. P. 1856, 1, 455.

Et en 1891, la Chambre des Requêtes est plus explicite encore.

« Attendu qu'il est de l'essence des sociétés
» civiles, aussi bien que des sociétés commer-
» ciales, de créer au profit de l'individualité
» collective des intérêts et des droits propres et
» distincts des intérêts et des droits de chacun de
» ses membres.

» Que les textes du Code Civil, personnifient
» la société d'une manière expresse, en n'établis-
» sant jamais les rapports d'associé à associé et en
» mettant toujours les associés en rapport avec la
» société.

» Que les sociétés civiles constituent, tant
» qu'elles durent, une personne morale laquelle
» est propriétaire du fond social. » (1)

Les Cours d'Appel ne sont pas toutes du même avis que la Cour suprême ; des arrêts de la Cour de Nancy (2) et de celle de Douai (3) refusent l'existence morale aux sociétés civiles.

La Cour de Cassation elle-même n'a pas toujours maintenu sa jurisprudence. Il lui est arrivé de décider que, si un des associés a, durant la société

(1) *Cassation*. Ch. Req., 23 Fév. 1891. D. P. 1891, 1, 337.

(2) Nancy, 18 Mai 1872. D. P. 1873, 2, 103.

(3) Douai, 11 Juil. 1882. D. P. 1883, 2, 154.

concéder une hypothèque sur l'immeuble commun, le créancier hypothécaire, ayant pris inscription sur l'immeuble, a le droit; quand l'immeuble est vendu à un tiers, de se faire colloquer par préférence sur le prix jusqu'à concurrence de la part de son débiteur (1), rejetant ainsi implicitement l'idée que toute société est douée de la personnalité civile.

Pourquoi ces variations dans le sein même de la Cour de Cassation, si ce n'est parce que les arguments, dont on prétend faire découler l'existence morale des sociétés civiles, ne sont pas aussi probants qu'on veut bien le dire.

Sans doute, à maintes reprises, le Code oppose les droits de la société à ceux des associés considérés individuellement; il fait de la société une propriétaire, une débitrice, une créancière.

Est-ce bien cependant la preuve qu'on a voulu reconnaître à la société une individualité propre? Non, c'est au contraire une façon de s'exprimer conforme à la tradition, un langage que nous trouvons, dans POTHIER notamment, une manière de désigner les associés, considérés au point de vue de leurs intérêts collectifs.

Sur chaque tête d'associés reposent deux sortes d'intérêts différents, d'abord ceux qui lui sont

(1) *Cassation*. Ch. Civ., 14 Déc. 1887. D. P. 1888, 1, 386.

communs avec ses co-associés, ensuite ceux qu'il peut avoir personnellement, soit comme associé, soit à tout autre titre. La loi se sert du mot *Société* pour désigner les associés envisagés exclusivement au point de vue des intérêts communs, en opposition aux intérêts particuliers de chacun d'eux ; il n'y a là qu'une question de terminologie.

Les arguments de fond ne sont pas plus décisifs. « Aux arguments déduits des articles » 1860 et 1848, dit MOURLON, on répond en disant » que les règles, qui font l'objet de ces dispositions, peuvent s'expliquer et se justifier sans » le secours de la personnalité des sociétés et » qu'ainsi elles ne prouvent rien en sa faveur.

» Si, en effet, il est interdit aux associés non » administrateurs de disposer des biens sociaux, » même pour leur part, c'est uniquement pour un » motif tiré de la nature du lien que les associés » ont formé entre eux. Unis déjà par des rapports » réciproques d'estime, d'amitié, de bienveillance, ils sont convenus de grouper leurs intérêts » en un seul faisceau, de les subordonner les uns » aux autres, et, par suite, de s'abstenir, chacun » de son côté, des actes isolés, qui pourraient être » contraires à l'intérêt commun. Or cet engagement ne saurait se concilier avec la faculté » laissée à chaque co-associé de disposer de sa

concéder une hypothèque sur l'immeuble commun, le créancier hypothécaire, ayant pris inscription sur l'immeuble, a le droit; quand l'immeuble est vendu à un tiers, de se faire colloquer par préférence sur le prix jusqu'à concurrence de la part de son débiteur (1), rejetant ainsi implicitement l'idée que toute société est douée de la personnalité civile.

Pourquoi ces variations dans le sein même de la Cour de Cassation, si ce n'est parce que les arguments, dont on prétend faire découler l'existence morale des sociétés civiles, ne sont pas aussi probants qu'on veut bien le dire.

Sans doute, à maintes reprises, le Code oppose les droits de la société à ceux des associés considérés individuellement; il fait de la société une propriétaire, une débitrice, une créancière.

Est-ce bien cependant la preuve qu'on a voulu reconnaître à la société une individualité propre? Non, c'est au contraire une façon de s'exprimer conforme à la tradition, un langage que nous trouvons, dans POTHIER notamment, une manière de désigner les associés, considérés au point de vue de leurs intérêts collectifs.

Sur chaque tête d'associés reposent deux sortes d'intérêts différents, d'abord ceux qui lui sont

(1) *Cassation*. Ch. Civ., 14 Déc. 1887. D. P. 1888, 1, 386.

communs avec ses co-associés, ensuite ceux qu'il peut avoir personnellement, soit comme associé, soit à tout autre titre. La loi se sert du mot *Société* pour désigner les associés envisagés exclusivement au point de vue des intérêts communs, en opposition aux intérêts particuliers de chacun d'eux ; il n'y a là qu'une question de terminologie.

Les arguments de fond ne sont pas plus décisifs. « Aux arguments déduits des articles » 1860 et 1848, dit MOURLON, on répond en disant » que les règles, qui font l'objet de ces dispositions, peuvent s'expliquer et se justifier sans » le secours de la personnalité des sociétés et » qu'ainsi elles ne prouvent rien en sa faveur.

» Si, en effet, il est interdit aux associés non » administrateurs de disposer des biens sociaux, » même pour leur part, c'est uniquement pour un » motif tiré de la nature du lien que les associés » ont formé entre eux. Unis déjà par des rapports » réciproques d'estime, d'amitié, de bienveillance, ils sont convenus de grouper leurs intérêts » en un seul faisceau, de les subordonner les uns » aux autres, et, par suite, de s'abstenir, chacun » de son côté, des actes isolés, qui pourraient être » contraires à l'intérêt commun. Or cet engagement ne saurait se concilier avec la faculté » laissée à chaque co-associé de disposer de sa

» part dans les biens sociaux et de conférer ainsi
» à un tiers le droit de s'immiscer dans les affaires
» communes ou de provoquer, dès à présent, le
» partage des objets dont il aurait acquis une part ;
» de là la prohibition posée dans l'article 1860. De
» même, si un associé, créancier personnel d'un
» débiteur de la société, ne peut retenir, sur la
» somme qu'il en reçoit, qu'une part proportion-
» nelle à sa propre créance ; si la part afférente à
» la créance de la société doit être par lui versée
» en entier dans la caisse sociale, c'est que ce serait
» blesser l'intérêt commun et entraver le cours
» des affaires sociales que de retirer, dès à
» présent, une partie des sommes dont la société
» ne saurait être appauvrie sans un très grave
» préjudice » (1).

Quant à l'article 529, il suppose nécessairement l'existence morale de certaines sociétés, mais non de toutes. Quels sont ses termes en effet ? « *Les actions ou intérêts dans les compagnies de commerce, de finance ou d'industrie* ».

Nul doute alors que les sociétés de commerce (nous comprenons sous ce terme : commerce, finance, industrie, parce que dans toutes ces sociétés on retrouve l'élément de spéculation qui

(1) MOURLON. *Rép. écrites*, t. 3, N° 861.

caractérise les actes de commerce), nul-doute, disons-nous, que ces sociétés ne soient, au moins dans la plupart des cas, des personnes morales.

Mais si c'était une règle générale, si toute société avait la personnalité civile, si la disposition de l'article 529 n'était pas exceptionnelle, pourquoi avoir ainsi précisé : « Dans les sociétés de » commerce, de finance ou d'industrie » ?

De sorte que l'argument, qu'on nous donne comme le meilleur, semble plutôt devoir nous servir que nous embarrasser. Surtout, si de cette disposition du Code civil, nous rapprochons le paragraphe 6 de l'article 69 du Code de procédure civile. « Seront assignées, y est-il dit. . . 6^o les » sociétés de commerce, tant qu'elles existent, » en leur maison sociale ». Le domicile social, voilà bien une des conséquences de la personnalité des sociétés ! Pourquoi le Code de procédure ne parle-t-il alors que des sociétés de commerce ? pourquoi ne pas étendre cette disposition aux sociétés civiles ; si elles sont aussi douées de l'existence morale ?

Enfin, dans les articles 1862 et 1863 du Code Civil, nous voyons que les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, que les créanciers doivent s'adresser à chacun d'eux et pour leur part seulement.

Pour donner un sens à ces dispositions, il faut admettre que la société n'est pas distincte des personnes qui la composent.

En effet, si la société civile est une personne morale, le créancier n'a qu'un seul débiteur, un gage unique : le patrimoine de la société ; il ne doit s'adresser qu'à elle et il ne peut être forcé de recevoir un paiement partiel.

En décidant que les associés ne sont tenus des dettes sociales, que chacun pour une somme et part égales, le législateur a démontré qu'une société civile n'est pas un être moral.

Faut-il cependant faire une exception pour cette société d'espèce particulière, qu'est la communauté ? On prétend que, pour celle-ci, la personnalité civile résulte de certaines solutions incontestées, qui font nécessairement supposer que les rédacteurs du Code ont vu dans la communauté une individualité, distincte du mari et de la femme.

Supposons que le mari, chef de la communauté, s'unisse à Paul pour contracter une obligation envers Jean, ou même que la dette soit contractée par le mari et la femme conjointement avec Paul, cette dette se divisera en deux parties égales, l'une à la charge de Paul, l'autre incombant à la communauté.

Celle-ci, représentée par le mari ou par les deux associés, est donc considérée comme une personne spéciale, puisqu'elle prend la dette pour moitié.

Il est nécessaire de l'admettre pour justifier la solution, car si on considère la communauté comme une indivision entre les époux, ce sont trois personnes qui ont contracté, le mari, la femme, et Paul et la dette doit être tripartite.

A notre avis, l'idée de la personnalité civile ne s'impose pas pour justifier la division en deux parties, au lieu de trois, d'une dette ainsi contractée. S'il en est ainsi le plus souvent, c'est que la jurisprudence, en interprétant un contrat de ce genre, a pensé que telle était l'intention des parties : que le mari s'engage, comme chef de la communauté, ou que les deux époux figurent à l'acte, conjointement avec un tiers, il n'y a ordinairement que deux intérêts en présence, celui du tiers et celui de l'association conjugale ; la dette se divise en autant de parties qu'il y a d'intérêts en jeu.

Un des intéressés est la communauté représentée par le mari et par la femme, mais peu importe que cette communauté soit une personne morale ou une indivision. S'il s'agissait d'une succession non encore partagée et dont tous les héritiers, en cette qualité, conjointement avec un étranger, prendraient ensemble le même engagement, la dette ne

se diviserait aussi qu'en deux parts : celle de l'étranger et celle de la succession ; verra-t-on pour cela en cette dernière autre chose qu'une masse indivise ? Nous ne croyons pas qu'on l'ait pensé.

On emploie un autre argument, que TROPLONG expose en ces termes : « La communauté ne se » montre pas moins comme tierce personne dans » toute la matière des récompenses, où, tantôt ce » sont les époux qui sont débiteurs personnels » envers la communauté, tantôt c'est la communauté qui est débitrice envers les époux » (1). Les expressions, dont se sert le Code, impliquent donc l'idée d'une personnalité civile. Telle n'est pas notre opinion : il est dangereux d'accorder trop d'importance aux mots qu'emploie la loi. Nous avons déjà vu que les rédacteurs ont usé de ces mêmes termes, quand ils traitent des sociétés en général et qu'on peut très bien les comprendre, sans faire de la société un être moral. D'ailleurs, les récompenses sont, en somme, un moyen de liquidation ; c'est pour simplifier celle-ci, que le Code Civil force l'époux débiteur à payer la totalité de sa dette à la communauté ou la communauté à se libérer intégralement envers l'époux créancier ; pendant

(1) TROPLONG. *Contrat de mariage*, 2, p. 317.

un instant, on met trois patrimoines en présence, mais seulement sur le papier, afin d'établir plus facilement les comptes du mari et de la femme ; on se sert d'un moyen plus commode, mais c'est exagérer que de vouloir y découvrir la preuve de la personnalité morale de la communauté.

Enfin, dit-on, comment expliquer, sans l'idée d'une tierce personne distincte des époux, l'usufruit qu'a la communauté sur les propres du mari et de la femme ?

On ne peut avoir d'usufruit sur un immeuble dont on est propriétaire. Or, sous le régime de communauté, l'époux, à qui le bien appartient, n'en jouit plus personnellement ; c'est au contraire la communauté qui en profite, c'est donc qu'elle constitue une individualité propre, une personne civile. Cet argument n'est pas décisif ; la réfutation en a été faite par MM. RODIÈRE et PONT en ces termes :

« Sans doute, il y a trois patrimoines distincts,
» dont l'un est formé d'un fonds commun, constitué
» par les deux époux avec une certaine classe de
» biens. Mais chacun des époux a sa part dans ce
» patrimoine ; il en est propriétaire par lui-même ;
» seulement le mari en est l'administrateur avec
» des pouvoirs assez étendus, pour qu'au regard des

» tiers il soit censé seul propriétaire ou du moins
» il puisse agir comme tel. Lors donc qu'on dit
» que la communauté a l'usufruit des biens propres
» des époux, on exprime réellement l'idée que les
» époux eux-mêmes, en tant que communs en
» biens, ont cet usufruit » (1).

Donc point de personnalité morale de la communauté. La jurisprudence l'avait admise au début du siècle, mais aujourd'hui elle est presque unanime à repousser sa théorie ancienne. Un arrêt de la Cour de Cassation du 18 avril 1860 a formellement dénié la qualité d'être moral à la communauté. « Attendu, y est-il dit, qu'en ce qui concerne les tiers, la loi ne reconnaît pas dans la communauté cette personne civile, se séparant des conjoints par mariage entre lesquels elle est formée » (2).

C'est qu'en effet la personnalité morale de la communauté aurait une conséquence grave : il faudrait reconnaître aux créanciers de la société un droit exclusif de gage sur les biens communs, il faudrait les préférer aux créanciers personnels de chacun des époux. Or, cette conséquence est en contradiction avec les textes des articles 1474 et

(1) RODIÈRE et PONT. *Contrat de Mariage*, 1, N° 276.

(2) *Cass.*, 28 avril 1860, D. P. 1860, 1. 185.

1476, qui attribuent à chacun des époux la moitié de l'actif de communauté, comme s'il s'agissait du partage d'une succession, et aussi avec les articles 1482, 1483 et 1484 qui décident que chaque époux aura à sa charge personnelle une partie des dettes de la communauté, proportionnelle à la part de l'actif qu'il recueille. Il faut conclure de là, dit GUILLOUARD, comme on le faisait dans notre ancien droit, que les créanciers de la communauté n'ont, à la dissolution de la communauté, aucun droit de préférence sur les biens communs, à l'encontre des créanciers du mari ou des créanciers de la femme acceptante ; c'est-à-dire qu'au respect des tiers, il n'y a pas de communauté être moral, mais deux époux communs en biens. « Si la communauté n'est pas être moral au respect des tiers, elle ne peut l'être dans les rapports des époux entre eux » (1).

Qu'est-ce donc que la communauté, si ce n'est pas une personne spéciale, distincte des époux, tant que dure le mariage. ? Rien, suivant certains auteurs, parmi lesquels TOULLIER. La femme n'a qu'un droit éventuel à la moitié des biens communs qui existeront au moment de la dissolution du mariage. C'est ainsi que le veut la tradition coutu-

(1) GUILLOUARD. *Traité du Contrat de Mariage*, 1, N° 343.

mière, comme le prouve l'article 225 de la Coutume de Paris : « le mari est *seigneur des meubles et*
» *conquêts immeubles* par lui faits durant et constant
» le mariage, de lui et de sa femme, en telle manière
» qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et
» en faire et disposer par donation ou autre dispo-
» sition faite entre vifs, à son plaisir et volonté,
» sans le consentement de sa dite femme, à
» personne capable et sans fraude ». De même
l'article 178 de la Coutume de Blois porte : « Cons-
» tant le mariage de deux conjoints, tous biens
» meubles, de quelque côté qu'ils soient venus,
» soit du côté du mari ou de la femme, ensemble
» tous les conquêts immeubles faits, par eux ou
» l'un d'eux, constant leur mariage, *sont en*
» *la pleine disposition du mari*, et d'iceux peut
» disposer par quelque contrat que ce soit, *comme*
» *un vrai seigneur de sa propre chose*, et sans le
» consentement de sa femme ». Le mari a donc le
jus utendi et abutendi sur tous les biens de la
communauté ; il en est véritable propriétaire,
tant que dure le mariage. « La communauté pro-
» prement dite, c'est-à-dire la co-propriété actuelle
» des biens communs, ne s'ouvre donc réellement
» qu'au moment où finit la société conjugale.
» Avant cette époque, la femme n'est point com-
» munie en biens ou associée, elle n'a que l'espé-

» rance de le devenir; *non est proprie socia, sed*
» *speratur fore*, ainsi que l'enseigne POTHIER » (1).

Le Code Civil n'a fait que reproduire sur ce point la Coutume. Il faut donc conclure qu'aujourd'hui encore le mari est propriétaire des biens de la communauté, jusqu'à la dissolution de celle-ci. Il en résulte, au point de vue spécial qui nous occupe, que l'hypothèque légale de la femme grèvera, pendant le mariage, tous les conquêts puisque, d'après l'article 2121, elle s'étend à tous les biens du mari.

Remarquons cependant que ces mêmes coutumes, qui, selon TOULLIER, donnent au mari la propriété des biens communs, posent en principe « que homme et femme, conjoints ensemble par » le mariage sont communs en biens meubles et » conquêts immeubles, faits durant et constant le » mariage, et commence la communauté le jour » des épousailles et bénédiction nuptiale ». C'est ainsi que s'exprime l'article 230 de la Coutume de Paris. Le Code Civil dit de même : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant » l'officier de l'état-civil; on ne peut stipuler qu'elle » commencera à une autre époque » (article 1399).

(1) TOULLIER. *Droit civil français*, 11, N° 77, 3.

Pour concilier ces contradictions, on prétend que la Coutume et le Code se sont servis d'expressions impropres ; que la véritable signification de ces dispositions est la suivante : le droit éventuel de la femme aux biens, dont le mari n'aura pas disposé lors de la dissolution du mariage, commence au jour du mariage. Selon nous, cette explication est si extraordinaire qu'elle réduit à néant tout le système. Qu'une fois par hasard, la coutume se soit servie d'un terme inexact, cela pourrait s'admettre facilement ; mais qu'elle le fasse chaque fois qu'elle parle des biens communs, cela n'est pas vraisemblable. Il est de plus tout à fait impossible que le Code Civil, à son tour, parle toujours d'une communauté existant réellement pendant le mariage, à partir du jour où il a été célébré, si ses rédacteurs avaient cru, comme TOULLIER, que cette communauté a pour point de départ la dissolution du mariage. N'insistons pas davantage : ce système est, croyons nous, complètement rejeté par tout le monde. L'association conjugale commence donc au jour du mariage, et comme cette société n'est pas une personne morale (nous espérons du moins l'avoir démontré), elle ne peut être qu'une indivision.

Les époux ont, tant que dure la communauté, un droit de co-propriété sur tous les biens qui la

composent. Au jour où cessera l'association, il y aura lieu de partager, et, en vertu de l'effet déclaratif attribué au partage par l'article 883, chaque époux sera réputé propriétaire *ab initio* des biens qui seront mis dans son lot ; les conquêts attribués au mari seront censés n'avoir appartenu qu'à lui seul, depuis le jour de leur acquisition et, sur eux seuls, la femme pourra prétendre à un droit d'hypothèque.

Un seul argument nous suffira pour démontrer que la communauté ne peut certainement être autre chose qu'une indivision. L'article 1423 du Code Civil permet au mari de disposer par testament d'un bien de communauté ; le legs s'exécutera en nature si, par l'effet du partage, le bien donné tombe au lot des héritiers du mari ; sinon, le légataire aura droit de réclamer la valeur totale du bien légué.

Cet article nous dit d'abord que le mari a le droit de léguer un bien de communauté ; c'est donc que celle-ci n'est pas une personne morale, ayant un patrimoine particulier, car, s'il en était ainsi, le bien, légué par le mari, ne lui appartenait pas quand celui-ci en a disposé ; c'était au contraire, la propriété d'un autre. Or l'article 1021 déclare nul, dans tous les cas, le legs de la chose d'autrui.

Pour que la donation testamentaire soit valable,

il faut donc admettre que le mari avait, durant le mariage, à l'époque où il a testé, un droit de propriété sur le conquêt légué.

Cette disposition contredit d'autre part toute la doctrine de TOULLIER. En effet, si le mari était seul propriétaire de tous les biens communs, il avait, sans aucun doute, le droit d'en disposer par testament et le legs devrait toujours s'exécuter en nature; la femme ne doit être considérée que comme un ayant-cause de son mari, obligé de respecter la volonté de son auteur. Or l'article 1423 déclare que la manière, dont la donation testamentaire s'exécutera, dépend du partage à intervenir par la suite.

Si le bien légué tombe au lot des héritiers du mari, ceux-ci devront le remettre au légataire; s'il échoit à la femme, le bénéficiaire du legs ne peut qu'en réclamer la valeur.

Cette décision s'explique aisément, si l'on considère la communauté comme une indivision pendant le mariage. L'effet déclaratif du partage fait que le bien, mis au lot des héritiers du mari, a toujours été la propriété exclusive de celui-ci; il n'y a donc aucune difficulté pour l'exécution du legs, exécution qui, pour la même raison, devient impossible si l'objet légué est attribué à la femme, puisque, dans ce cas, le testateur est censé n'en

avoir jamais été propriétaire. On permet alors au légataire de réclamer aux héritiers du mari la valeur du bien donné, parce qu'au moment où il en a disposé, le testateur avait un certain droit sur la chose qu'il léguait, un droit de co-propriété avec sa femme; et comme, d'autre part, le mari, a manifesté expressément sa volonté de gratifier le légataire, les héritiers doivent abandonner à celui-ci une valeur équivalente à celle du bien donné.

Mais tout cela ne peut s'expliquer aisément que si la communauté entre époux est, pendant le mariage, une indivision. Cependant, dit-on, il y a encore une objection qui semble bien devoir vous faire rejeter cette opinion. Les auteurs qui admettent que la communauté est une indivision et soutiennent que l'effet rétroactif du partage remonte au jour, où le bien est entré en communauté, sont cependant obligés d'avouer que les charges, créées pendant la durée de la société conjugale, affectent, en tous cas, les immeubles, à quelque personne que le partage les attribue.

Le mari a constitué une hypothèque sur un immeuble commun qui tombe, par la suite, au lot de la femme; celle-ci est censée avoir été propriétaire du conquêt, depuis le jour où il a été acquis et, puisque l'hypothèque ne peut être consentie valablement que par le propriétaire du bien affecté,

il faut, pour être logique, décider que le droit, ayant été concédé par le mari, est nul. Or, vous déclarez, au contraire, que l'hypothèque est valable et que la femme doit la respecter. Il y a donc eu pendant le mariage autre chose qu'une indivision.

Non, croyons-nous, et l'explication nous paraît assez simple. La femme ne prend part aux opérations du partage que si, préalablement, elle a accepté la communauté. Son acceptation, suivant nous, est la ratification de tout ce qu'a pu faire le mari, dans la limite des pouvoirs que lui reconnaît le Code Civil. C'est donc la femme qui a constitué l'hypothèque et c'est pourquoi elle devra se soumettre aux exigences du créancier, à qui elle a, elle-même, accordé le droit.

Le principe de l'article 883 doit donc se combiner avec une autre idée ; celle d'un mandat donné au mari par la femme.

Nous en arrivons ainsi à la seconde règle générale, qui doit nous servir de guide dans ce travail.

Le mari a reçu de la loi, dans l'article 1421 du Code Civil, le mandat d'administrer les biens, qui entrent en communauté, de les aliéner, de les vendre ou de les hypothéquer ; pour le faire, il peut toujours se passer du concours de sa femme.

Mais ce mandat légal n'est que provisoire ; à la dissolution du mariage, la femme le confirmera ou l'anéantira.

Le législateur lui a accordé le droit de renoncer à la communauté ou de l'accepter ; la renonciation est l'annulation rétroactive du mandat donné au mari ; l'acceptation, au contraire, en est la confirmation. En renonçant, la femme désavoue complètement toute la gestion du mari sur les biens de la communauté, et, si celui-ci vient objecter qu'il avait reçu de la loi mandat d'administrer librement ces biens, elle peut lui répondre que ce mandat ne vaut que dans la mesure même où la loi le confère. Sans doute, le mari administre la communauté, aliène et hypothèque les immeubles qui la composent, parce que la loi le veut ainsi ; mais c'est aussi la loi, qui a voulu que la femme ait le droit de renoncer à la communauté et de se déclarer tout à fait étrangère à la gestion des biens qui la composaient, excellent contrepois à l'omnipotence du mari, moyen de rétablir l'équilibre rompu pendant le mariage dans l'intérêt de l'association conjugale.

Au contraire, la femme, qui accepte la communauté confirme tous les actes du mari. Celui-ci a été son mandataire, pendant tout le temps qu'a duré le mariage ; comme le mandant est réputé

avoir fait lui-même tout ce que le mandataire a pu faire, selon l'ancienne règle : *qui mandat, ipse fecisse videtur*, nous devons en conclure que c'est la femme, qui a aliéné ou hypothéqué ce conquêt, que le mari a, pendant la communauté, vendu ou grevé d'hypothèque ; c'est elle-même qui a « parlé au contrat », pour employer l'expression de nos anciens auteurs.

« La femme, qui accepte, disent AUBRY et RAU, » étant censée avoir été toujours commune en » biens et avoir été ainsi représentée par son mari » dans tous les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens communs, son hypothèque sur les conquêts subit nécessairement » l'influence de sa qualité de commune en biens et » des conséquences qui résultent de ces actes.

» On doit en conclure que la femme, qui a » accepté la communauté, n'est pas recevable à » exercer son hypothèque légale sur les conquêts » aliénés par le mari durant la communauté » (1).

Quand le mari a aliéné ou hypothéqué un immeuble commun, il l'a fait au nom de la société conjugale dont il est le gérant ; il l'a fait pour lui-même, purement et simplement, et, pour sa femme, sous la condition que celle-ci ne critiquerait pas sa

(1) AUBRY et RAU. *Droit Civil français*, t. 3, p. 227.

gestion. Par son acceptation, la femme exprime clairement son désir de respecter ce qui a été fait en son nom, elle ratifie l'acte passé par le mari. Elle ne doit donc pas retirer le droit conféré par elle-même, mais respecter l'aliénation qu'elle a consentie, subir la charge qu'elle s'est personnellement imposée. Elle est, comme le mari, tenue des obligations de garantie ; elle ne peut troubler l'acquéreur dans sa jouissance ; elle ne peut non plus l'évincer. Ce serait un trouble, apporté à la paisible possession de l'acheteur, peut-être même une éviction, que d'exercer l'hypothèque légale, dont le but est de faire vendre le bien grevé.

Voilà donc expliquée et justifiée cette solution qu'on nous reprochait. La charge, imposée par le mari, doit être subie par la femme, parce qu'elle est considérée comme l'ayant elle-même consentie.

De cette idée de mandat, découlent de nombreuses conséquences que nous rencontrerons au cours de ce travail. Nous verrons alors, comment elles se combinent avec les principes de l'article 883, pour nous donner la réponse à la question que nous nous sommes posée : L'hypothèque légale de la femme atteint-elle les conquêts de la communauté ?

En résumé, il est certain que la femme a intérêt à voir son hypothèque grever le plus grand nombre possible d'immeubles et que la loi a voulu la

protéger efficacement contre la mauvaise gestion du mari, dont les pouvoirs sont très grands. Il semblerait donc, que l'hypothèque légale de la femme dût porter sur tous les immeubles de la communauté, mais nous ne croyons pas que le Code Civil autorise cette extension. Nous avons, en effet, démontré que la communauté est, dès le jour du mariage, une indivision, soumise aux règles de l'article 883, à l'effet déclaratif du partage.

Il faut donc que nous arrivions à concilier l'intérêt de la femme avec ce principe de notre droit français.

Dans quelle mesure l'hypothèque légale de la femme grèvera-t-elle les conquêts, au cas où la femme renonce à la communauté comme lorsqu'elle l'accepte ?

II. — LA FEMME RENONCE A LA COMMUNAUTÉ.

Supposons d'abord que, la communauté étant mauvaise, la femme y renonce. Pourra-t-elle, pour le recouvrement de ses droits et créances, exercer son hypothèque légale sur les immeubles communs, acquis pendant le mariage ?

Oui, car la femme, qui renonce à la communauté, est censée n'avoir jamais été associée : elle abandonne tous ses droits sur l'actif social, même sur les objets qu'elle y fit entrer de son chef et, en retour, elle n'est pas tenue de contribuer aux dettes de la communauté, à laquelle elle est totalement étrangère. Tout ce qui était biens communs devient biens du mari. Par sa renonciation, la femme répudie la qualité de commune en biens avec son mari ; c'est à ce dernier seul que les biens, autrefois indivis, sont censés avoir appartenus depuis le jour, où ils sont entrés dans la communauté ; la femme n'en a jamais été copropriétaire. Elle doit être considérée comme un tiers quelconque, lorsqu'en vertu de l'article 1493 alinéa 2 et 3 elle réclame « le prix de ses immeubles » propres aliénés dont le emploi n'a pas été fait et

» accepté » ou toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté.

La femme renonçante est donc dans la situation de tout autre créancier, avec cet avantage cependant, d'être privilégiée par son hypothèque légale. Ce droit d'hypothèque porte, aux termes de l'article 2121, sur tous les biens du mari ; nous devons décider que les immeubles conquêts seront soumis au droit d'hypothèque de la femme, car « le créancier qui a une hypothèque légale peut » exercer son droit sur tous les immeubles » appartenant à son débiteur, et sur ceux qui » pourront lui appartenir dans la suite » (article 2122).

La femme, qui a renoncé à la communauté, a par conséquent le droit d'exercer son hypothèque légale sur les conquêts. Comme ces immeubles, acquis pendant le mariage, sont censés appartenir au mari seul, depuis le jour de leur acquisition, nous ajouterons que c'est à cette date que prendra rang notre hypothèque. La femme renonçante a donc un droit de suite et un droit de préférence sur tous les immeubles de la communauté ; elle peut, pour l'exercice de ses reprises, faire vendre les conquêts et se payer sur le prix, par préférence, au rang de son hypothèque légale ; elle peut aussi, au cas où le mari aurait vendu un immeuble

commun, depuis la dissolution de la société conjugale, sommer l'acquéreur de la payer intégralement ou de délaisser le bien. Tout ceci d'ailleurs n'a guère été contesté.

Mais, si le mari a aliéné un conquêt pendant le mariage, ou s'il l'a hypothéqué durant la communauté, quelle situation sera faite à la femme ? Pourra-t-elle, au moyen de son hypothèque légale, inquiéter l'acquéreur ou le créancier hypothécaire ?

Cette question a été controversée.

Certains auteurs n'ont pas cru devoir accorder ce droit à la femme, car, disent-ils, si le mari a aliéné, pendant qu'il était chef de la communauté, un immeuble commun, de quoi la femme viendrait-elle se plaindre ? Il y avait dans la communauté une somme d'argent, avec laquelle fut acheté le conquêt ; plus tard, le mari, maître absolu de sa gestion, a jugé bon de revendre cet immeuble et une somme d'argent est rentrée de nouveau dans la masse commune. Il s'est produit une subrogation réelle, c'est l'occasion la meilleure d'appliquer la maxime ancienne : « *Res succedit loco prætii, prætium loco rei* ».

RENUSSON, dans son traité de la communauté, expose l'argument en ces termes : « L'acquéreur » pourra dire que le mari est maître de la

» communauté; les deniers, qui ont esté tirés de
» la communauté pour faire l'acquisition, rentrent
» dans la communauté, par la revente de la chose
» acquise; il la faut considérer comme si elle
» n'avoit point esté acquise; elle sort de la
» communauté, libre et en même estat qu'elle y
» estoit entrée: la femme, en cela, n'a souffert
» aucun préjudice; cela s'est fait dans un temps
» qu'elle estait en communauté de biens avec son
» mary. Il estoit incertain, si elle accepteroyt la
» communauté ou si elle y renonceroit; et, quand
» la dissolution de la communauté arrive et qu'elle
» y renonce, on doit considérer le temps de la
» dissolution. La chose acquise par le mary,
» pendant la communauté, et par luy revendue
» pareillement pendant la communauté, n'est plus
» censée le bien de la communauté; il n'y a que
» ce qui est existant et en la possession du mary,
» au temps de la dissolution de la communauté;
» il faut dire, par conséquent, que l'héritage,
» acquis par le mary pendant la communauté,
» demeure libre comme il estoit auparavant qu'il
» eût été acquis, et que la femme ne peut troubler
» l'acquéreur ni le faire assigner en déclaration
» d'hypothèque (1) ».

(1) RENUSSON. *Traité de la Communauté*, 2^e part., n^o 42 et suivants.

Le même auteur réfute toute cette argumentation, en se basant sur ce que l'hypothèque légale de la femme porte sur tous les biens présents et futurs du mari.

« Néanmoins, dit-il, il est plus raisonnable de
» dire que la femme peut agir contre l'acquéreur,
» et qu'elle est bien fondée à demander que l'héritage, qu'il possède, soit déclaré affecté et hypothéqué à ses deniers dotaux, à son douaire et à ses autres conventions matrimoniales ; la raison
» est que la femme a hypothèque, pour ses deniers dotaux et autres conventions matrimoniales, sur les biens du mari présents et futurs et son hypothèque est acquise du jour de son contrat de mariage. Si, depuis le contrat de mariage, le mari acquiert des héritages, ils sont hypothéqués à la femme. Elle a la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer, et, en y renonçant, elle est en droit de poursuivre le paiement de ses deniers dotaux et de ses autres conventions sur tous les biens qui lui ont été hypothéqués. L'hypothèque est un droit réel inhérent à la chose : lorsqu'une hypothèque est acquise sur un héritage, elle suit toujours l'héritage, quoi qu'il change de possesseur. C'est pourquoi il est raisonnable de conclure que la femme est bien fondée, et que l'acquéreur ne peut pas empêcher

» que l'héritage ne soit déclaré affecté et hypothé-
» qué aux deniers dotaux de la femme et à ses
» autres conventions matrimoniales » (1).

Ce premier argument n'est donc pas décisif. PERSIL et, après lui, VALETTE qui, depuis le Code Civil, ont prétendu que la femme renonçante ne pouvait exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari, pendant le mariage, en ont donné une autre raison.

La renonciation, disent-ils, a bien pour effet de dégager la femme de ses obligations comme commune en biens, mais elle ne saurait faire disparaître rétroactivement le fait de l'existence de la communauté. Sans doute, elle a bien pour effet de dispenser la femme de l'acquittement des dettes communes, résultant de la mauvaise gestion de son mari; mais c'est là le seul effet et le seul but de la renonciation; elle n'empêche pas la femme d'avoir été représentée dans tous les actes qu'a pu faire le mari, relativement aux biens communs.

Aux termes de l'article 1421, le mari peut, comme administrateur, vendre ou hypothéquer un immeuble de la communauté, seul et sans le concours de sa femme. L'acte, fait par le mari dans

(1) RENUSSEAU. *Loco citato*.

la limite des pouvoirs, qui lui sont conférés, est définitif et ne saurait être attaqué par la femme. Tout ce que celle-ci gagne, en renonçant à la communauté, c'est de n'être point forcée de contribuer au paiement des dettes, qu'elle n'a point contractées personnellement, pendant le mariage ; mais c'est là une faveur toute spéciale consacrée par un texte bien explicite, l'article 1494. Comme le dit VALETTE : « Le pouvoir, donné » au mari, de disposer sans contrôle des biens » communs, pourvu que ce soit à titre onéreux, » est incompatible avec l'existence de l'hypothèque légale sur les mêmes biens. Rien n'est plus » étrange, à nos yeux du moins, que de subordonner les effets des actes du mari, au parti que » prendra la femme, peut-être après de longues » années de mariage, sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté. Pour admettre un » résultat aussi nuisible au crédit public et à la » sécurité des tiers, il faudrait le trouver écrit » dans une loi formelle » (1).

Nous ne sommes pas de cet avis. C'est restreindre singulièrement les effets de la renonciation, que de lui accorder cette seule portée de dispenser seulement la femme de payer les dettes

(1) VALETTE. *Priv. et Hypot.*, p. 259.

de communauté. Sans doute, c'est déjà une grande faveur, mais nous pensons qu'il y a mieux encore pour elle. Il n'est pas vrai de dire que, malgré sa renonciation, la femme conserve la qualité de commune en biens : l'article 1492 en effet, nous dit expressément : « La femme qui renonce, perd » toute espèce de droits sur les biens de la communauté. . . » Ce texte indique bien qu'en renonçant, la femme devient étrangère à la communauté, et que les biens, qui la composent, sont réputés biens du mari seul. Comme tels, ils ont été soumis, même pendant le mariage, à l'hypothèque légale de la femme. Celle-ci doit donc être considérée uniquement comme une créancière, ayant une cause de préférence pour l'exercice de ses reprises : l'hypothèque légale. Cette hypothèque grève le conquêt, réputé bien du mari, depuis le jour où il a été acquis. L'acheteur a donc reçu un immeuble, frappé d'hypothèque; il doit céder aux réclamations de la femme.

Mais alors, nous répond-on, pourquoi le mari tient-il de l'article 1421 le droit d'aliéner et d'hypothéquer seul un conquêt? D'après votre système, il devra, au contraire, toujours réclamer son concours, car le tiers, acquéreur ou créancier hypothécaire, ne manquera pas d'exiger, en contractant, que la femme renonce à son hypothèque légale. C'est une gêne que vous apportez arbitrai-

rement à l'administration libre du mari, une **restriction à ses pouvoirs comme chef.**

Ces pouvoirs, ce n'est pas nous qui les restreignons : c'est la loi elle-même, lorsqu'elle accorde à la femme une hypothèque légale sur tous les biens, présents et futurs du mari, et, par conséquent, sur les conquêts, s'ils deviennent biens du mari : ce qui arrive quand la femme renonce à la communauté.

Le législateur a jugé bon de garantir les droits et reprises de la femme par une hypothèque légale, dispensée de toute inscription ; il faut que la protection, qu'il accorde, soit efficace. Quand la femme renonce à la communauté, c'est que celle-ci est vraiment trop mauvaise. Elle est plutôt disposée à l'accepter, par l'affection qu'elle eut pour son mari et par le respect de son nom et de celui de ses enfants ; elle renonce seulement, si cette obligation s'impose pour retirer du naufrage, ou sombre sa fortune, quelque minime épave ; son hypothèque légale lui est alors nécessaire.

Qu'importe d'ailleurs la gêne qu'éprouvera le mari de demander à sa femme, lorsqu'il aliénera un immeuble commun, une renonciation à son hypothèque ! N'est-il pas dans la même obligation quand il veut vendre un de ses propres, ou s'il affecte un de ses immeubles à la sûreté d'une créance ?

S'il est utile que, pendant le mariage, un des conquêts soit aliéné, la femme n'hésitera pas à faire l'abandon de son droit protecteur ; mais l'embarras même du mari, à demander la renonciation à l'hypothèque légale, sera un frein à des dissipations irréfléchies. Par ce moyen, la femme sera tenue au courant de la gestion de la communauté ; tant qu'il lui sera possible de le faire, elle saura sacrifier l'intégralité de ses reprises ; mais si le mari est à la veille de se ruiner, elle refusera d'abandonner la protection que la loi lui accorde contre les pouvoirs exorbitants de son conjoint. Et, si on prétend qu'elle causera préjudice aux créanciers de la communauté, nous le nions. Elle est créancière comme eux, mais munie d'une hypothèque légale. Les tiers, qui ont prêté de l'argent au mari, pouvaient stipuler la même sûreté ; ils pouvaient, avant d'acheter un immeuble commun, exiger que le mari obtint de sa femme renonciation à l'hypothèque légale ; ils avaient enfin la ressource de faire la purge de cette hypothèque aussitôt l'immeuble acquis. Ils ne doivent pas se plaindre, s'ils ont été imprudents ou négligents.

Nous permettrons donc à la femme renonçante d'exercer un droit de suite et un droit de préférence sur tous les conquêts, même sur ceux que le mari a, pendant le mariage, aliénés ou hypothéqués.

La majorité des auteurs est de cet avis. Voici, entre autres, ce que pensent AUBRY et RAU : « La » renonciation, par suite de laquelle la femme » est à considérer comme n'ayant jamais engagé » son patrimoine dans une société de biens » avec son mari, efface, quant à l'hypothèque » légale, toute différence entre les conquêts et les » autres immeubles de ce dernier. Il en résulte » que la femme, qui a renoncé, peut exercer son » hypothèque légale sur les conquêts aliénés par » le mari seul, quoique durant la communauté, et » cela, dans le cas même où il s'agirait de biens que » le mari avait achetés, non pour les conserver, » mais dans un but de spéculation et pour les » revendre. Il en résulte, d'un autre côté, que » cette hypothèque remonte sur les conquêts à la » même date que sur les autres immeubles du » mari et prime les hypothèques constituées ou » acquises postérieurement à cette date » (1).

Cette théorie est acceptée aussi par M. COLMET DE SANTERRE (2) et la jurisprudence est presque unanime en ce sens (3).

(1) AUBRY et RAU. *Droit Civil Français*, t. 3, p. 225.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. 9, N° 81 bis.

(3) *Cassation*, Civ. Rejet. 4 Fév. 1856. D. P. 1856, 1, 61. — Cour de Bastia, 25 Janv. 1862. D. P. 1863, 2, 147. — Paris, 13 Juin 1874; pourvoi Cass. civ., 26 Janvier 1876. D. P. 1876, 1, 62. — Cour de Pau, 23 Juin 1884. D. P. 1884, 2, 253.

La Cour d'Orléans s'exprime ainsi : « Attendu
» que l'article 2121 du Code Civil attribue aux
» droits et créances des femmes mariées hypo-
» thèque légale sur les biens de leurs maris ; que le
» créancier, qui a hypothèque légale, est autorisé
» par l'article 2122 du même Code à exercer son
» droit sur tous les immeubles qui appartiennent
» ou qui pourront appartenir par la suite à son débi-
» teur ; d'où il résulte, à défaut d'exception, que les
» conquêts de la communauté, appartenant au mari,
» sont soumis à l'hypothèque légale de la femme.

» Attendu que si, d'après l'article 1421, le mari,
» seul administrateur des biens de la communauté,
» peut les vendre, aliéner et hypothéquer, comme
» ses biens propres, sans le concours de la femme,
» l'exercice de ce droit ne porte aucune atteinte
» à l'hypothèque légale de la femme ; qu'en effet,
» de celui qui avait qualité pour le vendre, l'im-
» meuble aliénable passe, grevé d'hypothèques, à
» l'acquéreur tenu de remplir les formalités
» nécessaires à la purge ; que la femme, qui
» renonce, est réputée étrangère aux actes de la
» communauté, et son hypothèque légale frappe
» alors sur tous les conquêts de la communauté,
» dont le mari reste seul propriétaire . . . » (1)

(1) Cour d'Orléans, 15 Mars 1850. D. P. 1850, 2, 76.

La Cour d'Orléans a fait dans cet arrêt le résumé de notre théorie. Nous disons donc avec elle que la femme, qui renonce à la communauté, se fera payer de préférence aux créanciers chirographaires et aux créanciers hypothécaires, dont le rang est postérieur au sien, sur les biens de la communauté qui sont devenus biens du mari; elle pourra sommer le tiers acquéreur de la payer intégralement de ses reprises ou de délaisser l'immeuble qu'elle fera vendre; en un mot, son hypothèque légale porte sur tous les conquêts, même sur ceux que le mari aurait, pendant le mariage, aliénés ou grevés d'hypothèque.

III. — LA FEMME ACCEPTE LA COMMUNAUTÉ.

La situation de la femme, qui, après la dissolution de la communauté, a accepté celle-ci, semble moins intéressante que celle de la femme renonçante. Ici en effet, il n'y a plus présomption d'insolvabilité de la société conjugale et, par conséquent, la femme semble avoir moins besoin de protection.

Par son acceptation, elle fait supposer que l'administration des biens de la communauté par le mari a été fructueuse, ou tout au moins ne lui a pas été préjudiciable, et qu'il lui sera facile de retrouver des valeurs suffisantes pour exercer ses reprises et obtenir le paiement intégral de toutes ses créances.

L'hypothèque légale paraît donc devoir lui être moins utile. Celle-ci, en effet, n'a qu'un seul but : la protection de la femme ; la faveur doit être proportionnée au besoin qui la provoque ; tandis que la renonciation fait supposer que la communauté a été mal administrée et qu'elle n'est pas suffisante pour acquitter les reprises de la femme, l'acceptation démontre au contraire, que celle-ci

a toute confiance au sujet du recouvrement de ses créances sur les biens communs. Par conséquent, si une hypothèque légale très étendue, portant même sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, doit, dans le premier cas, être admise, dans l'autre, elle semble être d'un intérêt moindre pour la femme.

A cette première considération, on doit ajouter que l'acceptation de la communauté est, comme nous l'avons dit plus haut, la ratification par la femme de tous les actes qu'a pu faire son mari comme administrateur légal des biens, qui formaient le patrimoine commun. Tous les engagements, qu'il a pu prendre, sont réputés avoir été souscrits par elle-même; c'est elle qui, conjointement avec lui, a vendu ou hypothéqué; elle ne peut renier que les actes, qu'il n'avait point le pouvoir de faire, c'est-à-dire les aliénations à titre gratuit d'un immeuble ou d'une universalité de meubles communs (si ce n'est pour l'établissement d'enfants communs) ou d'un meuble particulier dont il se serait réservé l'usufruit.

En conséquence, la femme ne peut pas troubler les tiers, qui sont censés avoir contracté avec elle-même; elle ne peut les évincer, puisqu'elle est tenue de les garantir: « *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* ».

Son hypothèque légale portera sur tous les immeubles du mari, aux termes de l'article 2121. y compris ceux de la communauté qui seront mis dans son lot par le partage : elle ne grèvera pas les conquêts, qui auront été aliénés pendant le mariage : elle ne primera pas les hypothèques données à des tiers, durant ce temps, sur les biens communs.

C'est la théorie que nous soutiendrons : mais elle n'est pas adoptée par tous les jurisconsultes. Les uns prétendent que les immeubles de la communauté sont à jamais affranchis de l'hypothèque légale de la femme, et que si, par le partage, ils deviennent propriété du mari, ils ne sont grevés d'hypothèque, au profit de la femme, que le jour où la communauté a été dissoute. Parmi ceux-ci, TROPLONG soutient même que l'hypothèque légale sur les conquêts n'a pas sa raison d'être : la femme, dit-il, a un moyen plus simple et plus efficace à la fois de se faire indemniser de ses reprises sur les biens communs, puisque les articles 1470 et 1471 l'autorisent à se payer sur eux par des prélèvements privilégiés.

D'autres ont admis un système tout opposé. Les immeubles de communauté sont toujours grevés de l'hypothèque légale de la femme, au même titre que les immeubles du mari : si l'un d'eux a été aliéné par le mari durant le mariage,

la femme a contre l'acquéreur le droit de suite attaché à toute créance hypothécaire ; elle a un droit de préférence contre tout créancier à qui le mari a affecté hypothécairement un conquêt. Cette théorie était celle de POTHIER ; elle fut, depuis le Code Civil, enseignée par GAUTHIER, par BERTAULD et par PONT ; la jurisprudence l'appliqua parfois.

Chacun de ces systèmes nous paraît trop absolu ; examinons-les cependant en détail et montrons ce qui nous force à les rejeter.

§ 1.

Le premier nie que les conquêts de communauté puissent jamais être grevés de l'hypothèque légale de la femme.

Tout d'abord, remarquent les auteurs qui soutiennent cette théorie, l'article 2121 n'accorde une hypothèque à la femme que sur les biens du mari ; il ne parle pas des biens de la communauté.

Or toute cause de préférence entre créanciers doit être expressément accordée par un texte, et, comme c'est toujours une faveur exceptionnelle, ce texte devra être restrictivement interprété. Ils en concluent que les biens de la communauté ne peuvent pas être frappés, au profit de la femme, des

droits de suite et de préférence, qu'elle a sur les biens propres de son mari, car celui-ci n'en est pas propriétaire, tant que dure le mariage.

Sur le premier point, nous répondons qu'on peut interpréter l'article 2121 d'une façon très étroite tout en accordant à la femme une hypothèque légale sur certains conquêts, ceux que le partage met au lot du mari. Ces biens deviennent sa propriété après la dissolution de la communauté : comme l'hypothèque légale grève les immeubles présents et futurs du mari, elle atteint forcément les conquêts qui adviennent à celui-ci. Et, puisque par l'effet déclaratif du partage, les biens sont censés avoir appartenu au mari depuis le jour où ils ont été acquis, c'est à cette date que prendra rang l'hypothèque légale de la femme, sauf la restriction résultant de l'idée de ratification. Notre opinion est donc en harmonie parfaite avec le texte de l'article 2121.

TRORLONG ajoute qu'il n'est pas utile de donner à la femme une hypothèque sur les conquêts et qu'il n'y a par conséquent aucune raison de ne pas s'en tenir aux termes du Code qui n'accordent cette hypothèque que sur les biens du mari. Les articles 1470 et 1471 confèrent à la femme des droits bien supérieurs à ceux qui résulteraient d'une hypothèque. Le premier de ces textes est ainsi conçu :

« Sur la masse des biens, chaque époux ou son
» héritier prélève : 1^o ses biens personnels qui ne
» sont point entrés en communauté, s'ils existent
» en nature ou ceux qui ont été acquis en remploi ;
» 2^o le prix de ses immeubles qui ont été aliénés
» pendant la communauté et dont il n'a point été
» fait remploi ; 3^o les indemnités qui lui sont dues
» par la communauté ».

Remarquons en passant que, dans le cas prévu par le premier alinéa, il n'y a point lieu à prélèvement. Prélever, c'est prendre avant partage ; il faut donc pour qu'il y ait prélèvement, qu'il s'agisse de choses à partager ; or les biens personnels des époux qui ne sont point entrés en communauté sont des biens propres à chacun d'eux et qui ne font point partie de la masse partageable.

Quant aux deux autres paragraphes, ils ne renferment en réalité qu'un seul cas de prélèvement : une indemnité est due à l'un des époux par la communauté.

Sous ce bénéfice, lisons l'article 1471. « Les
» prélèvements de la femme s'exercent avant ceux
» du mari. Ils s'exercent pour les biens qui n'exis-
» tent plus en nature, d'abord sur l'argent
» comptant, ensuite sur le mobilier, subsidiai-
» rement sur les immeubles de la communauté ;

» dans ce dernier cas, le choix des immeubles est » déferé à la femme ou à ses héritiers ».

Grâce à ces deux articles, d'après TROPLONG, il n'est même plus intéressant de rechercher si la femme a une hypothèque légale sur les conquêts, puisque, pour l'exercice de ses reprises, elle a un droit de préférence sur l'actif mobilier et immobilier de la communauté.

Est-ce cependant un véritable privilège, attaché à la qualité des créances de la femme ? Non, car au titre spécial des privilèges, où la loi énumère limitativement ceux-ci, on ne fait pas mention de celui qui nous occupe. Mais il n'en est pas moins vrai que c'est un droit de distraction accordé à la femme acceptante, qui reprend ses biens plus à titre de propriété qu'à titre de créance, qui ne les reprend peut-être pas *in specie*, mais du moins en équivalent.

Etant admis que la femme agit à titre de propriétaire, ses reprises sont des revendications ; elle devra donc passer avant les créanciers de la communauté, puisqu'elle retire de l'actif, gage des créanciers, des valeurs qui ne peuvent être considérées comme en faisant partie.

La déduction est logique : reste à savoir si la prémisse est vraie, si c'est à titre de propriétaire que la femme opère ses reprises.

Sur ce point nous nous séparons de l'opinion de TROPLONG. Pour l'établir, l'éminent auteur a cherché des arguments dans les articles 1470 et 1471, dont nous nous occupons en ce moment, et 1483.

Il fait remarquer, en premier lieu, que l'article 1470 qualifie le droit de la femme du nom de *prélèvement*, et que le suivant permet d'exercer *ce prélèvement* en nature. De cette expression et de cette disposition, il conclut que la femme agit en vertu d'un titre de propriété. Un créancier, dit-il, ne prélève pas, et ne prend pas en nature les biens de son débiteur ; il ne peut que les vendre et être payé sur le prix.

Pour justifier l'expression et la disposition de la loi, il faut reconnaître que la femme agit comme propriétaire en vertu d'une sorte de remploi tacite. La femme, dit-on, a fait entrer dans la communauté des valeurs qui lui étaient propres, elle a le droit à un remploi et toute la communauté est affectée à ce droit ; son droit de remploi plane sur toute la communauté, tant qu'elle dure, et se fixe sur le bien qu'elle choisit, après la dissolution.

Prenant alors l'article 1483, on prétend qu'en concourant avec les créanciers de la communauté, la femme contribue aux dettes communes dans une proportion plus grande que celle fixée par la

loi. Elle supporte les dettes au delà de son émolument de communauté ; en diminuant ses reprises par le concours avec les créanciers, on impose à la femme sur sa fortune propre la charge des dettes de la communauté.

On considère enfin que la situation économique actuelle nécessite cette solution, si on veut protéger efficacement la femme.

A quoi bon, s'écrie-t-on, son hypothèque légale ? Les placements immobiliers sont de plus en plus rares ; le mari, au lieu de fonds de terre, achète des actions, des parts de sociétés qui, elles, munies de forts capitaux, élèvent des immeubles. Ce sont les sociétés qui sont propriétaires de ces immeubles, non le mari.

Quelle protection sera donc pour la femme une hypothèque légale, qui ne grèvera aucun bien ? Quelle sûreté pour elle, au contraire, si elle exerce ses reprises à titre de propriétaire !

Cette considération et les arguments que nous avons reproduits avaient décidé la Cour de Cassation à reconnaître cette théorie. Il est dit dans un arrêt de 1854 : « Attendu que la femme qui » renonce à la communauté, peut, comme la femme » qui l'accepte, exercer ses reprises à titre de » propriétaire » (1).

(1) *Cassation*, 1854. D. P. 1854, 1, 152.

La Cour ne lui resta d'ailleurs pas longtemps fidèle et, dans un arrêt solennel, rendu toutes chambres réunies, après un délibéré de trois jours, sous la présidence même de TROPLONG, nous trouvons la consécration de la thèse contraire. « Attendu que c'est à titre de créancier, que » chaque époux prélève, soit les indemnités qui » lui sont dues par la communauté, soit le prix » de ses propres aliénés ; qu'en effet l'action n'a » alors pour cause qu'une diminution du patri- » moine de l'un des époux et un profit corrélatif » fait par la communauté ; que cette cause ne » produit pas un droit de propriété sur des objets » déterminés et qu'il n'en résulte qu'une créance » et une action mobilière » (1).

C'est qu'en effet les arguments invoqués ne sont pas concluants. Celui qu'on veut tirer des articles 1470 et 1471 est des plus contestables. Il ne faut pas attribuer au mot prélèvement une sorte de vertu magique, lui attacher un sens en dehors de celui qui est naturel.

Ces textes s'occupent de régler les rapports des époux entre-eux. Au moment où on forme la masse commune, l'exercice du droit à l'indemnité constitue un prélèvement, puisque l'époux

(1) *Cassation*. Ch. Réunies, 16 Janv. 1858. D. P. 1858, 1, 5.

prend avant partage le montant de cette indemnité.

Voilà le sens simple de ce mot et c'est exagérer la force de l'expression que vouloir lui faire caractériser un droit réel, autorisant la femme à exercer ses reprises, franchises de toutes les dettes de communauté.

De même, dans l'article 1471 spécialement, la loi établit bien un droit pour la femme d'être payée en nature par une dation en paiement; mais il ne s'agit ici encore que de rapports d'époux à époux et nullement d'accorder à la femme un droit de propriété, préexistant sur les biens de la communauté et primant celui des créanciers communs.

Quant au remploi tacite que l'on suppose, c'est une institution que le Code Civil ne connaît point. Le remploi n'est obligatoire que s'il a été expressément stipulé par le contrat de mariage; même alors, il ne se produit qu'à la suite d'une manifestation expresse de volonté de l'un ou de l'autre époux. Quand le mari fait un remploi, la loi lui impose des déclarations spéciales, au moment où il le fait, et ce, dans l'intérêt des tiers, à cause de la rétroactivité de l'acceptation du remploi par la femme. Enfin, un remploi ne peut se faire pour le compte de la femme que s'il « a été formellement accepté par la femme » pendant la communauté

(article 1435). Toutes ces dispositions sont inconciliables avec l'idée d'un remploi tacite, postérieur à la dissolution de la société conjugale.

La nature de l'opération, dans laquelle on veut voir un remploi tacite, est contraire à celle du remploi défini par les articles 1434 et 1435 du Code Civil. Dans les deux cas, sans doute, la femme est payée de sa créance, non pas en argent, mais par un bien en nature. Mais, dans le remploi, le risque de l'opération ne doit pas se prolonger pour la communauté au delà de sa durée ; la femme, pour accepter ce mode de remboursement, peut attendre, afin de voir si les circonstances le rendent ou non avantageux pour elle ; elle peut ainsi se réserver les bonnes chances et laisser les mauvaises à la communauté ; toutefois, elle ne le peut plus, lorsque la communauté est dissoute. Si, à ce moment, elle n'a pas pris parti, « elle a simplement droit . . . » à la récompense du prix de son immeuble vendu ». (Article 1435). L'acceptation d'un remploi n'étant plus possible, une fois que la communauté est dissoute, le prélèvement ne peut pas être un remploi, même tacite.

L'autre argument donné en faveur du système, qui veut, que la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire, n'est pas irréfutable. Le raisonnement, qu'on fait à propos de l'article 1483, ne

nous détermine pas davantage à reconnaître que la femme exerce ses reprises comme propriétaire. Cet article est relatif au paiement des dettes de la communauté ; il considère la femme comme débitrice et décide qu'elle ne sera tenue qu'intra vires ; il ne parle que de sa contribution aux dettes et ne vient nullement dire que, en qualité de créancière, elle ne supportera pas avec les autres la perte commune.

On peut rapprocher la situation de la femme de celle de l'héritier bénéficiaire. Celui-ci aussi n'est tenu des dettes de la succession que dans les limites de son émolument, comme la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende de la communauté. Or l'héritier bénéficiaire, quand il est créancier, n'est pas payé avant les autres. Nous ne croyons pas qu'il serait possible de le soutenir ; ce serait pour l'héritier, comme pour la femme, un privilège et il n'y a pas de privilège sans texte.

Puisque nous venons de rejeter définitivement cette idée que la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire, nous devons conclure, que les prélèvements de la femme ne sont pas privilégiés à l'encontre des créanciers de la communauté. Remarquons d'ailleurs que le mari aussi opère des prélèvements, après la femme sans doute, mais au

même titre qu'elle. Soutiendra-t-on qu'il peut se payer en nature de ses créances contre la communauté, sans cependant payer les dettes de celle-ci, qui sont ses propres dettes ? Evidemment non, à force de vouloir trop prouver, la preuve n'en est plus une.

Ce n'est donc pas à titre de propriétaire, que la femme opère ses reprises, et elle ne pourra pas se dire privilégiée. Toutefois, toujours d'après TROPLONG, il y a encore une autre raison de lui reconnaître un privilège, résultant de l'idée d'un gage tacite qu'aurait la femme sur tous les biens de la communauté.

Voici comment il expose l'argument : « La » femme a une sorte de gage tacite ; le prélèvement » privilégié en est la conséquence, et les créanciers, » qui savent qu'elle aurait préférence sur eux, s'il » fallait recourir sur les propres du mari, doivent » trouver tout simple, qu'elle les prime sur les » effets de la communauté, qui sont plus intimement » tenus de la remplir de ses reprises » (1).

Cette conséquence ne nous paraît pas nécessaire. Supposons qu'un mari ait des meubles propres, provenant, par exemple, d'une succession mobilière, recueillie depuis la dissolution de la commu-

(1) TROPLONG. *Contrat de Mariage*, N° 1644.

nauté ; faudra-t-il permettre à la femme de se payer sur eux de préférence aux créanciers chirographaires du mari ? Non, sans doute, la femme n'a pas de privilège sur les meubles de son mari, aucun texte ne le lui donnant. Cependant les créanciers chirographaires savaient que la femme leur était préférable sur les immeubles propres ; donc, ici encore, il faudrait, si on était logique, admettre qu'elle a un gage tacite sur les meubles propres de son mari ; cependant, on se refuse à admettre cette conséquence. Mais si on ne voit pas, dans cette seconde hypothèse, la possibilité d'un privilège pour la femme, pourquoi doit-elle être dans l'autre ?

Cette théorie est donc bien faible. L'auteur lui fait encore subir une restriction, qui en est la condamnation même. Il veut que la femme ne soit privilégiée que si elle a fait bon et fidèle inventaire, aux termes de l'article 1483.

C'est du pur arbitraire, car que nous dit ce texte ? Que l'absence d'inventaire assujettit la femme à l'obligation de payer toutes les dettes de la société, qu'elle est déchue du bénéfice d'émolument et rien de plus.

Il ne s'occupe jamais que de la femme considérée comme débitrice. Comment peut-on y trouver trace de la déchéance d'un privilège, qui serait accordé à la femme en qualité de créancière ?

C'est bien comme créancière, en effet, que la femme opère ses prélèvements. L'article 1471, autorise pour elle une prise en paiement, plutôt encore qu'une dation.

Ce qui, pour l'un des époux, est prélèvement, est rapport de dettes pour l'autre. On a voulu faciliter l'égalité de fait au moment du partage, en liquidant immédiatement tous les droits exigibles. Ce rapport des dettes, nous le retrouvons chaque fois qu'il s'agit du partage d'une indivision, quand l'un des co-partageants est créancier de la masse commune.

« On comprend, dit POTHIER, dans la masse, les
» sommes, dont quelques-unes des parties se sont
» trouvées, après la compensation faite, débitrices
» de la communauté et, au partage, on la leur
» précompte sur leur part. On dresse aussi un état
» des dettes passives de la communauté, et on y
» comprend les sommes, dont quelques-unes des
» parties se sont trouvées, après compensation
» faite, créancières de la communauté. Ces sommes
» doivent être par elles prélevées au partage de la
» communauté » (1).

Le rapport des dettes, la prise en paiement n'est qu'une règle de liquidation applicable entre co-

(1) POTHIER. *Du Contrat de Société*, N° 168.

partageants d'une indivision quelconque, afin de maintenir l'égalité entre eux. Cette égalité entre co-partageants est un principe absolu de notre droit, mais il y a aussi un autre grand principe, l'égalité entre co-créanciers aux termes de l'article 2093.

Ce dernier triomphera de l'autre. La loi a voulu l'égalité de fait entre co-partageants, c'est pourquoi elle a réglementé le partage d'une façon si minutieuse et qu'elle l'a même garanti par un privilège.

Mais ce privilège n'existe que pour maintenir l'égalité dans le partage : jamais un texte ne donne au co-partageant un droit de prélèvement, pour se payer de préférence aux créanciers de la masse indivise. Quant au principe de l'égalité entre créanciers, que le Code édicte dans l'article 2093, il est ainsi exprimé : « Les biens du débiteur » sont le gage commun des créanciers ; le prix » s'en distribue entre eux par contribution, à » moins qu'il n'y ait entre les créanciers des » causes légitimes de préférence », et nous voyons que la loi énumère limitativement les causes de préférence. « Ces causes légitimes de » préférence sont les privilèges et les hypo- » thèques » (article 2094). Il faut un texte spécial pour créer un privilège, pour qu'on puisse se prévaloir du droit réel d'hypothèque. Nous ne

trouvons dans notre Code aucun texte accordant un privilège pour les prélèvements de la femme. C'est donc qu'ils ne sont jamais qu'une règle de liquidation entre époux, mais dont les créanciers de la communauté n'auront pas à s'occuper.

« A l'égard des tiers, dit M. DESCHAMPS, c'est-
» à-dire soit des créanciers de la communauté,
» soit des créanciers personnels de chacun des
» époux, nous ne lui reconnaitrons pas plus d'effet
» (il s'agit du prélèvement) qu'en matière de
» succession ou de société. Il n'est toujours qu'une
» règle de liquidation, dont l'époux peut se
» prévaloir, mais dans la mesure seulement où les
» droits d'autres créanciers n'en souffriront pas.
» Ici, pas plus qu'en matière de succession ou de
» société, le rapport des dettes ne constitue une
» cause de préférence au profit du co-partageant
» créancier ; il n'a pas la force de déroger à la loi
» du concours » (1).

Nous n'admettrons donc pas la théorie de TROPLONG ; elle avait déjà été esquissée dans notre droit ancien et repoussée d'ailleurs. « Parmi nous,
» dit BOURJON, la femme n'a pas sur les meubles
» plus de droits que les autres créanciers, c'est-à-
» dire qu'elle y vient comme eux à contribution.

(1) DESCHAMPS. *Du Rapport des Dettes*, p. 276.

» Ainsi quant à ce, nul privilège, et il en est de
» même sur les immeubles ; tel est le droit
» commun du pays coutumier, dans lequel sur les
» immeubles, elle n'a que le droit qui résulte de la
» date de son hypothèque » (1).

En terminant, disons avec MARCADÉ : « Si on
» considère la femme comme créancière de la
» communauté, les autres créanciers ont un droit
» semblable au sien ; elle n'a vis-à-vis d'eux
» aucune cause de préférence et elle ne peut venir
» à paiement que concurremment avec les autres
» créanciers » (2).

§ 2.

L'hypothèque légale n'est donc pas inutile à la femme. Faut-il cependant la faire porter sur tous les conquêts indistinctement ? Dans l'ancien droit, POTHIER le pensait ; depuis le Code Civil, sa doctrine a été admise par GAUTHIER, BERTAULD et PONT ; la jurisprudence leur a quelquefois été favorable, notamment dans un arrêt de la Cour de Paris qui fut, à l'époque, très-commenté. (3)

(1) BOURJON. *De la Communauté*, Ch. 2, Sect. 10, n° 139.

(2) MARCADÉ, t. 5, art. 1472, n° 3.

(3) *Cour de Paris*, 15 Juin 1868, D. P. 1869, 2. 161.

D'après ce système, l'hypothèque légale de la femme frappe les immeubles de communauté comme les propres du mari, et même au cas d'acceptation de la communauté, car cette acceptation ne porte aucune atteinte aux droits de créance de la femme, droits qui sont garantis par cette hypothèque. A supposer que le conquêt lui ait été attribué en paiement de ses reprises, la femme, si elle est évincée par d'autres créanciers hypothécaires, pourra user de ses droits de suite et de préférence, l'hypothèque n'ayant été que momentanément éteinte et reparaissant par suite de cette éviction.

« Le demandeur, dit POTHIER, doit faire raison
» à la femme, non seulement de ce qu'elle a payé
» à des tiers, dont l'hypothèque était antérieure à
» celle du demandeur ; il doit pareillement lui
» faire raison de ce qu'elle s'est payée à elle-
» même pour ses créances contre la communauté,
» pour lesquelles elle a hypothèque du jour de son
» contrat de mariage, antérieure à celle du de-
» mandeur. » (1)

S'il en est ainsi, c'est qu'il faut distinguer chez la femme acceptante deux qualités : celle de femme commune et celle de créancière de la communauté.

Son titre de commune l'oblige, quand elle a

(1) POTHIER. *De la Communauté*, n° 757.

accepté, au paiement des dettes de la communauté, mais seulement dans la mesure de son émolument, à la condition qu'elle ait fait inventaire (article 1483).

Si la gestion du mari a été mauvaise, la femme ne manquera jamais d'établir cet inventaire, et comme le plus souvent la communauté sera plus obérée qu'elle n'a d'actif, comme l'émolument sera nul, elle voit disparaître sa qualité de commune; il ne lui reste plus que son titre de créancière, protégée par une hypothèque légale.

Comme femme commune, elle est tenue de respecter les aliénations et les constitutions d'hypothèque, faites par son mari dans les limites de l'article 1421. Mais cette obligation disparaît en même temps que sa qualité; la femme ne peut plus être considérée que comme une créancière, de même qu'au cas où elle renonce à la communauté. Les mêmes causes devant produire les mêmes effets, toutes deux doivent avoir le droit de critiquer les actes du mari, qui lui sont défavorables.

C'est ce qu'explique GAUTHIER : « Sans doute, » elle ne pourra contester la validité des hypothèques ou des aliénations consenties par le » mari sur les biens de la communauté, comme » chef de cette communauté, car, soit qu'on

» veuille considérer celui-ci comme le propriétaire
» ou comme le gérant de la société conjugale, la
» loi lui donnait expressément le droit d'hypo-
» théquer ou d'aliéner ces biens. Mais ce qu'on ne
» doit pas perdre de vue, elle n'est pas obligée
» personnellement par le fait du mari, envers les
» créanciers sociaux, comme le serait un associé
» ordinaire par le fait de l'associé gérant. Elle
» peut donc toujours, sans contester le droit hypo-
» thécaire du créancier (ou le droit de propriété
» de l'acquéreur) revendiquer elle-même comme
» créancière, la priorité de date attachée à son hypo-
» thèque légale et elle ne saurait être repoussée
» par l'exception de garantie, du moment où elle
» n'a rien promis à ce créancier et si elle est restée
» étrangère à l'obligation du mari. » (1)

Toute l'argumentation repose donc sur cette distinction entre les différentes qualités de la femme acceptante. Commune, elle n'est tenue que du paiement des dettes *intra vires emolumentii*; cette obligation n'existe plus, quand le passif a été supérieur à l'actif, puisque la femme ne prend rien de la communauté; il ne lui reste alors que son titre de créancière hypothécaire. « Elle a, dit » PONT, pour sa créance de reprises, une hypo-

(1) GAUTHIER. *Traité de la Subrogation des Personnes*. N° 595.

» thèque qu'elle tient de la loi, qui s'attache à sa
» créance, qui n'en peut pas être séparée ici,
» puisque la femme ne l'a pas cédée, et qui,
» portant sur la généralité des immeubles du
» débiteur, embrasse les conquêts dans son affec-
» tation. » (1)

Voilà la théorie ; mais, pour l'adopter, il faut admettre d'abord que la femme est investie de deux qualités absolument distinctes et qu'elle peut se prévaloir de l'une, sans tenir compte de l'autre ; en second lieu, que l'acceptation n'impose à la femme aucune autre obligation que la contribution aux dettes ; enfin, que les conquêts sont, pendant le mariage, frappés définitivement d'hypothèque au profit de la femme.

Ce sont trois propositions qui nous semblent contestables. A notre avis, la qualité de commune, prise par la femme au jour de son acceptation, devient indélébile ; elle ne disparaît pas devant sa situation de créancière. La femme ne peut pas, comme le ferait un héritier sous bénéfice d'inventaire, se dépouiller d'un de ses titres jusqu'à ce que l'autre ait produit effet.

Sans doute, quand elle a fait inventaire, elle ne doit payer les dettes qu'*intra vires*, comme

(1) PONT. *Privilèges et Hypothèques*. N° 524.

l'héritier bénéficiaire, mais ce dernier est plus favorisé qu'elle. La loi lui reconnaît le droit de séparer son patrimoine de celui de la succession ; elle n'accorde pas le même avantage à la femme.

Cela résulte bien de la comparaison de l'article 802 et de l'article 1483. Voici le texte du premier :
« Il (l'héritier) n'est tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des
» biens qu'il a recueillis ; il peut se décharger du
» paiement des dettes, en abandonnant tous les
» biens de la succession aux créanciers et aux
» légataires ».

Et l'autre dit : « La femme n'est tenue des dettes
» de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à
» l'égard des créanciers que jusqu'à concurrence
» de son émolument, pourvu...., etc., etc. ».

Donc, pour le paiement des dettes, la situation est la même. Mais l'article 802 contient une seconde disposition où nous voyons que l'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession, qu'il conserve, contre cette succession, le droit de réclamer le paiement de ses créances, et que, si une de celles-ci est garantie par une hypothèque, il se fera payer par préférence aux créanciers du défunt, dont l'hypothèque est postérieure ou qui sont simplement chirographaires.

La loi indique donc bien clairement que l'héritier bénéficiaire ne confond pas son patrimoine propre avec celui de la succession ; c'est une situation toute exceptionnelle faite à cet héritier. Mais nous ne trouvons nulle part une simple indication qui nous permette d'accorder à la femme cette même faveur.

L'acceptation fait entrer définitivement dans le patrimoine de la femme une part indivise de biens de communauté, qui, jusque là, ne lui appartenait que conditionnellement.

Or en vertu de la règle *ubi emolumentum, ibi onus*, le patrimoine, qui s'enrichit, doit supporter les charges, qui sont la contre-partie de l'actif, toutes les charges, quelles qu'elles soient, et non pas seulement les dettes jusqu'à concurrence de l'émolument.

Car la seconde proposition n'est pas plus justifiable que la première. A ceux qui prétendent que la femme, en acceptant, s'engage uniquement à payer les dettes de communauté conformément aux règles de l'article 1483, nous répondons que c'est là une erreur. La femme, au contraire, s'engage en prenant le parti d'accepter, à acquitter toutes les charges de la communauté ; elle s'oblige tout autant à garantir les acquéreurs d'un conquêt qu'à payer les créanciers communs.

BERTAULD prétend que, dans ces conditions, elle ne pourra jamais opposer le bénéfice de l'article 1483. « Si l'acceptation de la femme, dit-il, avait » cette portée rétroactive et la rendait indivi- » duellement partie à chacun des actes du chef de » la communauté, elle serait censée avoir parlé à » toutes les obligations contractées par le mari » comme gérant, et, par suite, elle serait toujours » sous le coup de l'article 1487 C. Nap; elle ne » pourrait jamais, bien qu'elle fit rédiger un bon » et loyal inventaire, invoquer l'article 1483 qui, » sous cette condition, ne la déclare tenue des » dettes sociales que jusqu'à concurrence de son » émolument (1) ».

C'est l'aveu que nous sommes dans la vérité en nous refusant à admettre la théorie de BERTAULD. En effet, dans l'article 1483, pour que la femme bénéficie de la faveur de ne payer les dettes de communauté qu'en proportion de son émolument, la loi lui impose l'obligation de faire inventaire; c'est donc exceptionnellement, qu'elle aura ce droit, la règle générale étant d'acquitter toutes les charges, même *ultra vires*. Il est certain que, si le législateur a édicté un texte spécial, qui permit à

(1) BERTAULD. *De l'hypothèque légale des femmes mariées*, n° 12.

la femme, sous certaines conditions, de ne payer les dettes de communauté que dans la mesure de ce qu'elle en amende, c'est que ce texte était nécessaire, pour sanctionner une semblable dérogation au principe général que chacun est responsable pécuniairement de ses actes sur le totalité de son patrimoine. L'exception est de stricte interprétation, elle ne peut donc s'appliquer qu'aux dettes (en prenant ce mot dans son sens usuel : engagements pécuniaires envers une autre personne) et ne peut permettre à la femme de se soustraire aux obligations de garantie. Elle est donc certainement engagée, comme le mari lui-même, car, dit POTHIER, « une femme, qui a » accepté la communauté, étant censée avoir fait » en sa qualité de commune tout ce que son mari » fait durant la communauté, le mari, ayant, » durant la communauté et en sa qualité de chef, » hypothéqué à ses créanciers tous les conquêts » de la communauté, sa femme est censée, en sa » qualité de commune, les avoir elle-même » hypothéqués, pour la part qu'elle y aurait par » le partage de la communauté » (1).

Mais, dit-on, la femme n'a pas à garantir l'hypothèque constituée par le mari ou l'aliénation qu'il

(1) POTHIER. *De la Communauté*, N° 752.

a faite. Ce n'est pas ainsi que se pose le problème, mais bien en ces termes : la femme doit-elle être préférée au créancier hypothécaire conventionnel, à raison de son hypothèque légale sur tous les conquêts.

« La femme commune, dit Bertauld, qui veut
» exercer son hypothèque légale sur un conquêt,
» par préférence au créancier hypothécaire
» postérieur de la communauté, ne demande pas
» à anéantir, ni même à entamer le droit de ce
» dernier ; elle le maintient avec sa valeur propre,
» elle le respecte ; seulement elle demande à ne
» pas être condamnée à l'améliorer par le sacrifice
» de son droit personnel. La femme et le tiers
» conservent chacun leur rang. Le droit de la
» femme, comme créancière hypothécaire, n'in-
» firme pas le pouvoir du chef de la société
» conjugale, mais n'est pas lui-même infirmé par
» les affectations qui sont l'expression de ce
» pouvoir » (1).

Ce raisonnement serait parfait, si nous pouvions considérer comme certain que la femme a une hypothèque légale sur tous les conquêts pendant le mariage. Or cette démonstration là n'est pas

(1) BERTAULD. *De l'Hypothèque légale des femmes mariées.*
N° 22, § 7.

encore faite. Bien au contraire ; si un texte particulier, l'article 2121, lui en donne une sur les biens du mari, aucun ne nous parle d'une hypothèque sur les immeubles de la communauté. Au début de ce travail, nous avons établi que le mari ne pouvait pas être considéré comme propriétaire des biens qui forment la masse commune, ce n'est donc pas à ce titre, que la femme pourrait se prévaloir d'une hypothèque légale. Nous avons démontré que la communauté était, durant le mariage, une indivision entre les époux ; qu'elle n'entraînait dans les biens du mari que par la renonciation de la femme ou par le partage après l'acceptation et que, par conséquent, l'article 2121 ne pouvait à lui seul autoriser l'extension de l'hypothèque légale sur les biens du mari aux conquêts de la communauté.

De quel principe alors la fait-on dériver ? D'un principe faux, dit M. FLANDIN, conseiller à la Cour de Paris, sous la présidence de qui fut rendu l'arrêt de 1868 et qui a commenté cette jurisprudence dans une remarquable étude, « d'un » principe faux, qui tend à confondre, dans leurs » effets, deux choses essentiellement différentes, » la renonciation et l'acceptation ; la renonciation, » qui transporte rétroactivement au mari les biens » d'une communauté qui n'existe plus, qui est

» réputée n'avoir jamais existé ; l'acceptation,
» qui maintient, au contraire, distincts et séparés
» le domaine de la communauté et le domaine
» propre des époux » (1).

Nous refusons donc à la femme une hypothèque légale sur les conquêts, pendant le mariage, et nous dirons, contrairement à l'avis des auteurs cités et à l'arrêt de Paris, que l'acceptation de la communauté porte atteinte aux droits de créance de la femme et à son hypothèque légale ; nous lui dénions le droit d'inquiéter les tiers, à qui le mari a vendu un bien commun ou à qui il l'aurait affecté hypothécairement.

§ 3.

La femme, avons-nous vu, peut cependant prétendre excercer son hypothèque légale sur certains immeubles de la communauté. C'est ainsi que de nombreux auteurs et une jurisprudence, presque constante depuis de longues années, ont admis un troisième système, d'après lequel, les conquêts de la communauté ne sont grevés de

(1) FLANDIN. *De l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1868, T. 2, p. 496.

l'hypothèque légale de la femme que conditionnellement, c'est-à-dire lorsqu'ils seront réputés biens du mari, dans le sens des articles 2121 et 2135 C. Civ. Nous avons dit que tous les conquêts étaient soumis au droit hypothécaire de la femme quand, par l'effet de la renonciation, ils devenaient biens du mari seul ; au cas d'acceptation, les immeubles, sur lesquels la femme pourra exercer un droit de suite et un droit de préférence, seront ceux que le partage fera tomber au lot du mari.

Les deux idées maîtresses de tout ce système sont celles que nous avons développées au début de ce travail : 1^o la communauté est une indivision, soumise à l'effet déclaratif du partage, que reconnaît l'article 883 ; 2^o la femme, en acceptant, considère comme faits par elle même tous les actes, passés par son mari dans la limite des pouvoirs que lui confère l'article 1421.

A la dissolution de la communauté, les biens, qui la composent à cette époque, sont partagés entre les époux. Quel sera le sort de l'hypothèque légale de la femme sur les biens qui lui seront attribués, d'une part, et, d'autre part, sur ceux qui tombent au lot du mari ?

Ceux des conquêts, que le partage donne à la femme, ne peuvent en aucune façon être grevés d'une hypothèque légale au profit de celle-ci, car

elle ne peut avoir un droit réel secondaire sur un immeuble, qu'elle a en pleine propriété.

C'est la conséquence de l'effet déclaratif de l'article 883, en vertu duquel les biens sont censés appartenir au co-partagant, depuis le jour où ils ont été mis en indivision. Ces biens sont considérés comme ayant été acquis par le mari pour sa femme, et non pour la communauté; c'est du vendeur que la femme tient son droit. Comment, dès lors, aurait-elle sur eux une hypothèque, dont la date et le rang correspondraient à l'acquisition ?

Il a pu se faire toutefois que, durant la communauté, le mari ait affecté ce bien à la garantie d'une dette. Il a pu pour engager l'immeuble employer deux moyens : ou bien il a concédé au créancier une hypothèque spéciale sur ce fonds (et nous verrons plus tard quel serait l'effet de cette hypothèque) ou bien le créancier se sera contenté d'une subrogation à son profit dans l'hypothèque légale de la femme.

Dans ce dernier cas, tant pis pour le créancier, mais sa garantie n'existe plus, la femme n'ayant pu subroger valablement quelqu'un dans un droit qui ne lui a jamais appartenu.

Ce créancier n'est pas bien à plaindre : il pouvait exiger une hypothèque conventionnelle spéciale

sur l'immeuble, en même temps qu'une renonciation de la femme à son hypothèque légale; il s'est contenté d'une subrogation, d'une garantie soumise à la condition que le bien tomberait au lot du mari; il devait mieux veiller à ses intérêts. « Les conquêts, disent AUBRY et RAU, qui, par suite » du partage de la communauté, ont été attribués » à la femme, doivent être considérés comme » n'ayant jamais été grevés de son hypothèque » légale, de telle sorte que les créanciers, qu'elle » y a subrogés, ne peuvent faire valoir sur ces » biens aucun droit hypothécaire, au préjudice des » autres créanciers ou des tiers détenteurs » (1).

Ce n'est cependant pas l'avis de Mr. PONT. Le cessionnaire d'une hypothèque, d'après lui, ne saurait perdre son droit par cela seul que le cédant devient propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Le créancier subrogé pourra donc exercer le droit hypothécaire, que lui a donné la femme, bien que cette hypothèque n'ait jamais existé. Il ne faut pas, c'est le motif invoqué, que la femme, dans le partage, puisse s'arranger de façon à ce que la subrogation, consentie par elle, ne soit qu'un leurre; on ne peut tolérer que, par le fait de la femme, le droit du cessionnaire soit anéanti.

(1) AUBRY et RAU. *Cours de Droit Civil*. T. 3. P. 228.

Le motif est mauvais, car la loi permet au créancier subrogé de surveiller les opérations du partage. « Les créanciers du co-partageant, dit » l'article 882, pour éviter que le partage ne soit » fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer » à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence ; » ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais.. etc. »

Ce créancier ne sera donc fraudé que s'il le veut bien. Sans doute, il subira un dommage, si, par un partage régulier, l'immeuble échoit à la femme ; mais c'était à lui qu'incombait la charge de ses propres intérêts. En n'exigeant, comme garantie, qu'une subrogation à l'hypothèque légale, il savait qu'il ne pouvait être subrogé dans un droit qu'autant qu'existerait plus tard ce droit, soumis à une condition. La condition est défaillie, le droit n'a pas pris naissance ; le créancier n'a jamais eu en garantie l'immeuble de la femme.

Si celle-ci n'a pas d'hypothèque sur les biens, qui lui sont attribués par le partage, elle peut, au contraire, exercer son droit sur les immeubles qui tombent au lot du mari. L'article 2121 lui accorde une hypothèque légale sur les biens présents et futurs de son mari ; chaque fois que celui-ci acquiert un immeuble, le droit de la femme vient se fixer sur ce bien. Or, en vertu de l'effet déclaratif du partage, l'immeuble, mis au lot du mari,

est censé lui appartenir, depuis le moment où il l'a acquis pour la communauté. L'hypothèque porte donc sur cet immeuble du mari et prend date au jour de l'acquisition.

Le résumé de cette question est fait par VALETTE en ces termes : « Examinons d'abord le cas où les » immeubles de la communauté n'ont été ni » aliénés par le mari, ni grevés d'aucune charge » réelle par suite de son administration. Ce » premier cas n'exigera pas de trop longs développements ; on n'y rencontre pas la plus grande » difficulté de notre sujet, à savoir le conflit des » hypothèques légales de la femme avec les droits » des ayant-cause du mari. Si la femme accepte, » il n'est pas douteux que son hypothèque frappe » les immeubles qui, par l'effet du partage, seront » tombés dans le lot du mari ou de ses héritiers. » En effet, le partage, étant déclaratif de propriété, » détermine les biens dont le mari est censé avoir » été seul propriétaire, au moins à partir du » moment où la communauté a cessé, et même » peut-être du moment où chacun des biens est » entré dans la communauté » (1).

Ce « même peut-être » est pour nous une certitude, car nous avons démontré que la communauté n'était pas une personne distincte de celle

(1) VALETTE. *Priv. et Hypot.*, t. 1, p. 252.

des époux, mais, au contraire, une indivision, sur laquelle agit l'effet déclaratif du partage.

Comme le disent très bien AUBRY et RAU :
« L'article 883 est applicable aux partages de
» communauté comme à ceux de succession.
» L'effet rétroactif, que cet article attache au
» partage, remonte en principe, quant aux biens
» composant le fond commun, au jour même où
» ils sont entrés dans la communauté. Cet effet
» est cependant restreint, pour le temps qui s'est
» écoulé jusqu'à la dissolution de la communauté,
» par les pouvoirs de disposition qui appartiennent au mari sur les biens communs » (1).

Ceci nous conduit à examiner quels effets aura l'aliénation d'un conquêt par le mari au point de vue de l'hypothèque légale de la femme.

Deux cas peuvent se présenter : l'aliénation a été faite à titre onéreux ou à titre gratuit. L'article 1421 autorise le mari à faire seul la première, l'article 1422 lui interdit la seconde.

Or, nous l'avons vu, l'acceptation de la communauté par la femme est la ratification des actes, que le mari a pu faire dans la limite de ses pouvoirs ; la femme, qui accepte, est censée avoir contracté elle-même toutes les obligations, que son mari peut

(1) AUBRY et RAU. *Droit Civil Français*, t. 5, p. 431.

valablement contracter comme chef de la communauté. Il en résulte, que l'aliénation d'un bien commun à titre onéreux par le mari est définitive et que l'hypothèque légale ne peut grever ce conquêt.

Ce serait en effet un pouvoir inutile, qu'accorderait au mari l'article 1421, si la femme pouvait, une fois la communauté dissoute, inquiéter les tiers acquéreurs. Ce droit, d'aliéner seul un bien commun, a été donné au mari, pour qu'il y ait unité de direction dans l'administration de la communauté, afin d'assurer la bonne économie de celle-ci. Ce serait faire courir un grand risque au crédit de la société conjugale qu'autoriser la femme à revenir sur les actes qu'a faits le chef. Il peut être utile, même nécessaire de vendre un immeuble ; la femme est, comme le mari, intéressée à ce que le prix du conquêt soit le plus élevé possible. On ne trouverait pas d'acheteurs, qui consentiraient à courir la chance de ne pas être plus tard évincés par la femme, armée de son hypothèque légale ; s'il s'en présentait un par hasard, ce ne serait jamais qu'un acquéreur à vil prix.

« La femme, qui accepte la communauté, dit » MOURLON, n'a point d'hypothèque légale sur les » conquêts aliénés, parce que cette hypothèque » est inconciliable avec les pouvoirs du mari sur

» la communauté. Il n'administre point, en effet,
» pour son avantage exclusif, mais aussi pour
» l'avantage de la femme. Dès lors, il importe à la
» femme elle-même, intéressée à la prospérité de
» la communauté, que les tiers, qui contractent
» avec son mari, n'aient point à redouter, quant
» aux biens communs, les effets de l'hypothèque
» légale » (1).

Concluons donc que la femme ne peut jamais inquiéter ceux, à qui le mari a aliéné un conquêt dans la limite de ses pouvoirs, c'est-à-dire à titre onéreux et pendant la communauté.

Mais si l'aliénation a eu lieu à titre gratuit, elle est nulle, le mari n'ayant pas le droit de faire donation d'un immeuble.

L'immeuble n'est pas considéré comme étant sorti de la communauté, il est donc soumis au partage. S'il tombe dans le lot de la femme, celle-ci le revendiquera entre les mains du donataire, qui sera forcé de lui en abandonner la propriété. Est-il au contraire attribué au mari ? La donation, valable à son endroit, ne peut cependant être opposée à la femme, au point de vue de l'exercice sur ce bien de son hypothèque légale, car le mari n'avait pas le droit de disposer ainsi de cet

(1) MOURLON. *Rép. écrites*. T. 3, p. 694.

immeuble et la ratification du mandat, qui résulte de l'acceptation de la communauté, ne peut rendre irrévocable que les actes, que le mari avait le droit de faire.

De même, la femme pourra, malgré l'acceptation de la communauté, exercer son hypothèque contre les tiers, au profit desquels le mari n'aurait aliéné que depuis la dissolution de la communauté. Les pouvoirs, conférés à celui-ci, ont cessé, en même temps que la communauté ; il ne peut plus aliéner seul, sans le concours de sa femme ; s'il l'a fait, la vente est nulle, du moins si, par l'effet du partage l'immeuble est attribué à la femme ; si, au contraire, le bien vendu tombe aux mains du mari, il est censé lui avoir toujours appartenu, et l'aliénation est valable, mais le fonds n'a été vendu que grevé de l'hypothèque légale.

Dans les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté se trouve aussi le droit d'hypothéquer un conquêt. Pour les mêmes raisons que celles dont nous avons argué, lorsqu'il s'agissait de savoir quel serait le sort du conquêt aliéné, nous dirons que l'hypothèque aura été valablement concédée.

Un immeuble a fait partie de la communauté, le mari a constitué sur cet immeuble une hypothèque. Qu'arrive-t-il au partage de la masse ? ou

bien le conquêt sera attribué à la femme ou bien au mari.

Dans le premier cas, celle-ci devra respecter l'hypothèque, qui est censée avoir été concédée par elle même ; si le créancier veut exercer son droit hypothécaire sur l'immeuble, elle devra payer, quitte à recourir contre le mari, si elle a payé plus que sa part des dettes. Elle peut aussi délaisser l'immeuble au créancier hypothécaire ; en ce cas, elle se tournera vers son co-partageant, pour lui faire constater que l'égalité est détruite ; elle le forcera à la rétablir, en usant de son privilège du co-partageant.

Supposons maintenant que l'immeuble hypothéqué est mis dans le lot du mari. Certes, celui-ci doit respecter l'hypothèque constituée par lui, mais nous avons vu que sur les biens échus au mari dans le partage, la femme peut exercer son hypothèque légale ; comment sera fixé le rang de l'une et de l'autre ? On a cru pouvoir donner le pas à l'hypothèque légale de la femme. Toutes les deux existent, dit-on, c'est donc la première en date qui doit primer l'autre ; cette dernière, par hypothèse, est conventionnelle, donc postérieure à celle de la femme, qui atteint la conquêt à l'instant de raison où il tombe en communauté. D'ailleurs, ajoute-t-on, il y a pour le créancier un

moyen simple de venir en premier lieu, c'est d'exiger que la femme renonce expressément, sur l'immeuble à lui affecté, à son hypothèque légale ; il peut même la forcer à figurer à l'acte comme garante du mari, ce qui équivaut à une renonciation tacite, aux termes de la loi du 13 fév. 1889.

Nous ne croyons pas, au contraire, que le créancier ait besoin d'une renonciation pour que son droit ne soit pas primé par l'hypothèque légale de la femme. La raison de notre conviction est toujours la même : les actes faits par le mari, durant la communauté, sont réputés être les actes mêmes de la femme acceptante. Serait-ce, chez la femme, respecter l'hypothèque donnée par le mari, que de vouloir faire passer celle-ci après la sienne ? ne donnerait-elle pas d'une main pour reprendre de l'autre ? La femme annulerait l'hypothèque concédée sur le conquêt, en prétendant ne laisser payer le créancier hypothécaire qu'après avoir été satisfaite.

On objecte à cette théorie que l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts, attribués au mari par le partage, ne lui sera pas d'une grande utilité, puisqu'elle sera toujours primée par les créanciers hypothécaires dont elle doit respecter le droit. Et d'ailleurs, ajoute-t-on, si la femme, en acceptant, ratifie tous les actes de son mari, elle

est tout aussi bien engagée envers les créanciers chirographaires qu'envers les créanciers hypothécaires. Elle ne peut pas opposer aux premiers plus qu'aux seconds son droit de préférence ; tous les créanciers de la communauté, simples chirographaires, viennent sur les biens communs en concurrence avec elle.

C'est l'avis de MARCADÉ. « Si, dit-il, on la » considère en tant que créancière de la communauté, les autres créanciers ont un droit » semblable au sien ; elle n'a, vis-à-vis d'eux, » aucune cause de préférence et elle ne peut venir » à paiement que concurremment avec les autres » créanciers » (1).

Nous ne partageons pas cette manière de voir ; car nous ne comprenons point, comment on peut prétendre que la femme n'a, vis-à-vis des créanciers chirographaires, aucun droit de préférence. L'article 2121 accorde expressément à la femme une hypothèque sur les biens du mari, donc sur le conquêt que celui-ci reçoit en partage, et dont il a été propriétaire par l'effet de l'article 883. Nous l'avons dit, les effets de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts résultent du jeu de deux principes : le premier, l'effet déclaratif du

(1) MARCADÉ. T. 5, art. 1472, n° 3.

partage ; l'autre, l'idée de ratification des actes du mari par son acceptation de la communauté.

Toutefois cette ratification se voit imposer des bornes par la loi elle-même dans l'article 2121. Sans doute la femme, qui accepte la communauté, reconnaît comme faits par elle tous les actes passés par le mari ; mais, dans un but de protection, le Code a restreint les effets de cette ratification, en accordant à la femme une hypothèque légale sur tous les biens présents et futurs du mari. Cette protection est déjà suffisamment limitée dans notre système ; l'efficacité de l'hypothèque légale sur les conquêts est très réduite, puisqu'elle permettra seulement à la femme d'être préférée aux créanciers hypothécaires postérieurs à la dissolution de la communauté et à tous les créanciers chirographaires, quelle que soit la date de leurs titres.

En résumé, la femme, qui a accepté la communauté, se paiera de ses reprises, au moyen de son hypothèque légale, sur les biens communs qui seront, par le partage, devenus biens du mari ; elle devra respecter les aliénations de conquêts, faites par le gérant de l'association dans la limite de ses pouvoirs ; elle ne pourra jamais critiquer les hypothèques par lui constituées, dans quelque lot que tombe au partage le conquêt hypothéqué.

Cette doctrine est adoptée par la jurisprudence. Citons entre autres un arrêt de la Cour de Colmar du 1^{er} mars 1855, qui résume complètement notre théorie.

« Considérant que la position particulière que la
» loi a faite aux époux sous le régime de la commu-
» nauté, le droit de la propriété indirecte de la
» femme, d'un côté, les pouvoirs conférés par la
» loi au mari, de l'autre, ne peuvent se concilier
» avec l'existence de l'hypothèque légale, durant
» la communauté, sur les biens qui en dépendent.

» Considérant que ce n'est qu'à la dissolution de
» la communauté que les droits des époux sur les
» biens en dépendant peuvent être déterminés
» d'une manière précise et définitive ; que, jusqu'à
» ce moment, le droit éventuel à la propriété dis-
» tincte et déterminée est resté en suspens ; qu'alors
» seulement les biens appartenant au mari et ceux
» appartenant à la femme peuvent être connus et
» distingués ; que, si la femme renonce à la commu-
» nauté, elle n'a aucun droit aux biens la com-
» posant, qui restent, en totalité, la propriété
» exclusive du mari, et sont, dès lors, frappés de
» l'hypothèque légale de la femme ; que si, au
» contraire, la femme ou ses héritiers acceptent,
» l'hypothèque légale ne peut frapper que sur les
» immeubles, qui, par suite du partage et de la

» liquidation de la communauté, sont tombés dans
» le lot du mari.

» Considérant que dans ce cas même, l'hypo-
» thèque légale de la femme ne peut préjudicier
» aux droits d'hypothèque ou autres conférés
» par le mari à des tiers pendant la commu-
» nauté;

» Considérant en effet, que le mari, adminis-
» trateur légal de la communauté, en vendant ou
» hypothéquant les biens de cette communauté
» acceptée par la femme, est censé le mandataire
» de celle-ci; qu'il a agi tant pour elle que pour
» lui même; qu'elle ne peut donc invoquer son
» hypothèque légale au détriment d'actes, qu'elle
» est réputée avoir souscrits elle-même; que,
» d'autre part, au moment où les actes ont pris
» naissance, durant la communauté, l'hypothèque
» légale ne pouvait frapper les immeubles, qui
» alors n'étaient pas la propriété exclusive et irrévocable
» du mari; que l'hypothèque, conférée à des
» tiers, dans ces circonstances, avec le pouvoir que
» la loi donne au mari, les droits de la femme
» limités par ce même pouvoir, et son concours
» légalement présumé, est incompatible avec
» l'existence de l'hypothèque légale » (1).

(1) COLMAR, 1^{er} Mars 1855. D. P. 1857, 2, 37.

Des arrêts de la Cour de Cassation du 16 février 1841 et du 4 février 1856, d'autres de la Cour de Lyon et de la Cour d'Orléans adoptent notre système (1).

Enfin, récemment, la Cour de Bordeaux a déclaré que la femme mariée, qui a accepté la communauté, ne peut pas faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles, faisant partie de l'actif commun, à l'encontre des créanciers du mari, qui, durant la communauté, ont acquis et inscrit des hypothèques sur ces immeubles (2).

La solution, que nous avons donnée à la question de savoir, quelle étendue a l'hypothèque légale de la femme commune sur les conquêts de la communauté, s'appliquera-t-elle aussi, au cas où il s'agirait de l'hypothèque légale d'une femme mariée sous le régime dotal avec adjonction d'une société d'acquêts ?

Cette stipulation d'une société d'acquêts est permise aux époux par l'article 1581, qui règle en même temps ses effets, en renvoyant aux règles établies pour la communauté réduite aux acquêts.

(1) *Cassation*, Req., 16 Fév. 1841. D. P. 1841, 1, 126. — Civ. Rej., 4 Fév. 1856. D. P. 56, 1, 61.

Lyon, 7 Avril 1854. Dev. 54, 2, 577. — Orléans, 12 juill. 1854. Dev. 54, 2, 561.

(2) Bordeaux, 27 Nov. 1894. D. P. 1896, 2, 366.

Cette société se compose donc des produits du travail et de l'industrie des époux, des économies réalisées sur les revenus de leurs biens, même paraphernaux, et enfin des biens acquis à titre onéreux, pendant le mariage, par l'un des époux, sans qu'il ait été acquis en remploi d'un propre aliéné.

Le mari a, quant à l'administration de cette société, les pouvoirs que l'article 1421 lui confère dans le régime de communauté ; il peut aliéner ou hypothéquer seul un immeuble indivis, sans le concours de sa femme. Celle-ci a le droit, à la dissolution du mariage, de renoncer à la société d'acquêts, ou de l'accepter et les effets de l'acceptation ou de sa renonciation sont les mêmes que sous le régime de la communauté.

Par conséquent, nous retrouvons encore ici les deux mêmes principes qui ont servi à déterminer l'étendue de l'hypothèque légale sur les conquêts : l'effet déclaratif du partage, d'une part, et, d'autre part, la ratification par la femme des actes faits par le mari dans la limite de ses pouvoirs, virtuellement contenue dans l'acceptation de la société d'acquêts.

La même réponse doit donc être faite à la question de savoir, si la femme, mariée sous le régime dotal avec stipulation d'une société d'acquêts, a une hypothèque légale sur les immeubles de la société.

Après avoir accepté cette sorte de communauté, elle peut exercer un droit de suite et de préférence sur les biens mis au lot du mari, mais en respectant les hypothèques dont il les a grevés; elle doit même subir celles qu'il a constituées sur les conquêts à elle attribués.

Cependant une règle essentielle du régime dotal a paru à quelques auteurs, et même à la Cour de Cassation, devoir apporter à notre problème une autre solution. Sous le régime dotal, en effet, la femme ne peut jamais renoncer à l'hypothèque légale, qui garantit sa dot immobilière et même, d'après la jurisprudence actuelle, sa dot mobilière (1).

Cette prohibition absolue fait que la ratification résultant de l'acceptation par la femme de la société d'acquêts, lui laisse le droit d'opposer son hypothèque légale aux autres créanciers hypothécaires; décider le contraire, dit-on, serait permettre à la femme de faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement.

Il faut d'ailleurs, ajoute-t-on, prendre cette décision, car l'inaliénabilité du fonds dotal et la défense de renoncer à l'hypothèque légale ont été

(1) *Cour de Nîmes*, 11 Janvier 1882. Sir. 82, 2, 137. *Cass.*, 3 Déc. 1883. Sir. 84, 1, 232.

conçues dans un intérêt de conservation de la dot ; or, en supposant que celle-ci fût purement mobilière, les acquêts de communauté seront bien souvent l'unique moyen, pour la femme, de faire valoir son droit d'hypothèque.

On en conclut que tout conquêt de communauté est grevé, dès son acquisition, de l'hypothèque légale.

La Cour de Cassation a consacré cette doctrine en 1847 ; son arrêt est ainsi motivé :

« Attendu que l'hypothèque légale de la femme
» frappe sur tous les biens présents et à venir du
» mari ; que les biens à venir se composent de tous
» ceux que le mari a acquis, pendant le mariage,
» par donation, succession, ou actes quelconques
» à titre onéreux ; que, lorsque la femme a adopté
» le régime dotal, sa dot mobilière et immobilière
» est inaliénable pendant le mariage ; qu'il suit de
» ce principe que les obligations qu'elle a contrac-
» tées, avec le consentement de son mari, ne
» peuvent faire obstacle à ce qu'elle fasse valoir
» son hypothèque pour le paiement de ses reprises
» et créances dotales ;

» Que l'acceptation, expresse ou tacite, de la
» société d'acquêts par les héritiers de la femme ne

» leur enlève pas la faculté de faire valoir leurs
» droits, résultant du régime dotal » (1).

A notre avis, cette théorie est mauvaise. On y met en présence deux choses absolument distinctes : d'une part, la prohibition faite à la femme de renoncer à son droit d'hypothèque légale et, d'autre part, la ratification des actes du mari qui est la conséquence de l'acceptation. La première règle, en effet, s'impose à la femme durant le mariage, mais seulement pendant cette période ; l'acceptation est, au contraire, postérieure à la dissolution de la société conjugale.

La défense de renoncer à l'hypothèque légale n'a qu'un but : assurer la conservation et la restitution de la dot. Comme le dit MOURLON : « L'inaliénabilité du fonds dotal a pour objet de protéger » la femme contre sa propre faiblesse et la séduction de son mari » (2).

Mais cette prohibition n'existe que pendant le mariage ; quand l'union est dissoute, la femme est libre, pour reprendre sa dot, d'exercer son droit d'hypothèque ou de ne pas s'en servir ; c'est à ce dernier parti qu'elle se résout lorsque, par l'acceptation de la société d'acquêts, elle ratifie les actes du mari.

(1) *Cassation*, Civ. Rej. 28 juin 1847. D. P. 1847, 1, 299.

(2) MOURLON. *Rép. écrit*, t. 3, p. 176.

Après la dissolution du mariage, elle n'est plus sous l'influence immédiate de son conjoint, elle peut examiner en toute liberté la situation qui lui est faite, établir un inventaire et voir si l'exercice de ses reprises est aisé, sans tenir compte des biens communs. Croit-elle que la situation du mari et de la société d'acquêts est obérée ? Elle prendra le parti de renoncer à la société et son hypothèque légale portera sur tous les biens de la société comme sur ceux du mari. Veut-elle au contraire accepter ? les conquêts seront alors partagés entre les deux époux et entreront dans le patrimoine de chacun, avec les charges qui les grèvent. Mais, comme la femme est alors censée « avoir parlé » à tous les contrats passés par le mari, elle ne peut critiquer les actes, que celui-ci a pu faire dans la limite de ses pouvoirs.

§ 4.

Il ressort de l'exposé de notre théorie que la femme n'a, pendant le mariage, qu'un droit éventuel à une hypothèque légale sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, durant la communauté.

Ce n'est qu'après la dissolution du mariage, qu'on connaîtra la véritable portée du droit de la

femme, suivant le parti que prendra celle-ci d'accepter ou de renoncer.

Si la femme opte pour la renonciation, elle peut, nous l'avons vu, critiquer toutes les aliénations de conquêts, faites par le mari, comme chef de la communauté ; elle pourra exercer contre l'acquéreur son droit de suite, le sommer de la payer ou de délaisser l'immeuble. Il est donc intéressant de permettre à l'acheteur d'un conquêt de se mettre à l'abri du recours de la femme.

Cet acquéreur peut, sans doute, demander à la femme de renoncer à son droit d'hypothèque légale, mais il n'est pas certain qu'elle consente à se dépouiller, pendant le mariage, du moyen que lui donne la loi, pour se protéger contre la gestion du mari. L'acheteur a aussi le droit de faire la purge de l'hypothèque légale sur l'immeuble qu'on lui vend ; il paie le prix d'achat entre les mains des créanciers hypothécaires, parmi lesquels se trouve conditionnellement la femme. Il faut donc, pendant le mariage, sauvegarder les droits de celle-ci et faire en sorte que son hypothèque soit efficace, au jour de la renonciation.

C'est pourquoi, tant dans l'intérêt de l'acheteur que dans celui de la femme, on a autorisé celle-ci à se faire colloquer provisoirement dans l'ordre ouvert entre les créanciers hypothécaires. Ceux-ci

se partageront le prix de vente, mais devront fournir caution pour la restitution des deniers à la femme, pour le cas où, par la renonciation à la communauté, la condition viendrait à s'accomplir. S'ils ne peuvent fournir caution, le prix sera versé à la caisse des dépôts et consignations. C'est la règle générale quand un créancier hypothécaire, sous condition suspensive, produit à l'ordre.

« S'il s'agissait d'une créance soumise à une » condition suspensive, le créancier ne pourrait » plus exiger une collocation actuelle; mais il » serait autorisé à en réclamer une éventuelle et. » par suite, à demander que les fonds restent provi- » soirement entre les mains de l'acquéreur ou de » l'adjudicataire, ou qu'ils soient versés à la caisse » des dépôts et consignations. Les créanciers » postérieurs n'auraient d'autre moyen d'écarter » une pareille demande, que celui d'offrir une » caution hypothécaire pour la restitution des » deniers à eux attribués, au cas où la condition » viendrait à s'accomplir » (1).

C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal Civil de Bastia et, après lui la Cour d'Appel de cette même ville. « Considérant, » disent-ils, que, si cette hypothèque légale ne » doit définitivement se réaliser qu'après la

(1) AUBRY et RAU, t. 3, n° 285, p. 418.

» dissolution et la liquidation de la communauté,
» il n'en est pas moins juste et nécessaire, dans
» le cas où, avant cette dissolution et cette liqui-
» dation, une distribution viendrait à s'ouvrir
» sur le prix des biens de la dite communauté, de
» prendre des mesures propres à sauvegarder le
» droit éventuel de la femme et à le concilier avec
» ceux des créanciers; que, sans ces mesures,
» l'hypothèque légale de la femme pourrait devenir
» illusoire; qu'il convient, dès lors, dans l'espèce,
» même en l'absence d'un jugement actuel de
» séparation de biens, de colloquer la dame
» Alfonsi à titre conservatoire, pour ses reprises
» matrimoniales, au rang de son hypothèque
» légale, tout en faisant des réserves pour les droits
» des créanciers » (1)

Un arrêt de la Cour de Pau en 1884 (2) reproduit la même doctrine.

Il en serait ainsi, même au cas où la femme a figuré à la vente solidairement avec son mari, car, aux termes de l'article 1431, « la femme qui » s'oblige solidairement avec son mari, pour les » affaires de la communauté ou du mari, n'est » réputée, à l'égard de celui-ci, s'être engagée » que comme caution. »

(1) BASTIA, 25 Janvier 1862. D. P. 1868, 2, 147.

(2) PAU, 23 Juin 1884. D. P. 1885, 2, 254.

Elle est donc, en ce cas, créancière éventuelle du mari, garantie par une hypothèque légale conditionnelle.

La Cour de Cassation a, d'ailleurs, récemment consacré notre solution. L'arrêtiste qui reproduit l'arrêt du 11 juillet 1894, résume ainsi l'avis des magistrats : « La femme, qui s'est obligée solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, étant la caution de celui-ci, peut réclamer, en vertu de l'article 2032, même avant d'avoir payé l'indemnité à elle due à raison de la faillite du mari, et se faire colloquer pour cette créance au jour de son engagement, en vertu de son hypothèque légale. » (1)

On a fait une objection à notre système. Cette collocation provisoire, dit-on, peut, dans certains cas, avoir pour effet d'empêcher le paiement actuel par l'acquéreur, entre les mains du mari, de la totalité ou d'une partie de son prix d'achat.

On ne permettra donc pas au mari d'exercer un droit absolu, qu'il a sous le régime de communauté, de percevoir seul tous les capitaux qui peuvent être dus à sa femme, quelle que soit l'origine des deniers, qui tombent tous en communauté.

(1) *Cassation*. Req. 11 Juillet 1894. Sir. 1899, 1, 353.

Pour cette raison la Cour de Metz n'a pas permis la collocation provisoire de la femme. (1)

Nous répondons que c'est précisément contre le mari et dans l'intérêt de la femme, que celle-ci est admise à une collocation provisoire ; que nous nous attaquons au droit de l'un, afin de mieux protéger le droit de l'autre, et que c'est volontairement que nous sacrifions celui du mari.

Nous le respectons cependant dans une certaine mesure, puisque, avec la jurisprudence, nous disons que le juge devra prendre les dispositions nécessaires, pour permettre au mari de percevoir les intérêts des capitaux, dont on assure la conservation jusqu'à la dissolution du mariage.

La valeur de la collocation provisoire est estimée par le Juge, qui détermine le montant des capitaux à consigner. « La femme, dit la » Cour de Cassation, peut se présenter à l'ordre » et elle doit y être colloquée à son rang hypo- » thécaire, sauf au Juge du fait à procéder à une » évaluation provisoire du montant de ses reprises » et à pourvoir à la conservation des fonds, » jusqu'au jour où la femme pourra les tou- » cher. » (2)

(1) *Cour de Metz*, 31 Décembre 1867. D. P. 1868, 2, 145.

(2) *Cassation*, Civ. 19 Nov. 1872. D. P. 1873, 1, 38.

IV. — DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE SUR LES CONQUÊTS DANS QUELQUES CAS SPÉCIAUX.

§ 1.

Au cas d'ameublement par le mari d'un de ses propres.

Les mêmes principes, qui nous ont guidé jusqu'à présent, nous serviront à montrer ce qu'il adviendra de l'hypothèque légale de la femme mariée, au cas où le mari a ameubli, par contrat de mariage, un ou plusieurs de ses immeubles propres.

L'ameublement peut se faire de deux façons : ou bien on mettra le fonds ameubli dans la communauté en toute propriété ou, au contraire, il n'entrera dans la masse que comme une créance, pour le montant de la somme jusqu'à concurrence de laquelle il a été ameubli.

Le Code Civil appelle le premier ameublement déterminé. Il donne le titre d'indéterminé à l'ameublement que fait l'époux, en mettant en communauté l'universalité de ses immeubles, mais jusqu'à concurrence d'une somme ; enfin quand, au lieu de mettre en communauté tous ses immeubles pour une somme fixée, l'époux n'y fait

entrer de cette façon qu'un seul de ses biens, la loi se sert à nouveau du qualificatif déterminé et certains commentateurs disent ameublisement déterminé de la seconde espèce.

Par l'ameublisement indéterminé comme par celui qu'on qualifie de déterminé de la seconde espèce, la communauté n'acquiert jamais qu'un droit de créance. C'est pourquoi les commentateurs se servent plus souvent des expressions : ameublisement en propriété et ameublisement en valeur.

Il est fait en propriété, quand la totalité de l'immeuble est ameubli et, dans ce cas, la communauté devient propriétaire du bien.

Quand il ne se produit qu'un droit de créance au profit de la masse, on l'appelle ameublisement en valeur, sans distinguer si, par le contrat de mariage, on a mis en communauté, jusqu'à concurrence seulement d'une somme, un immeuble particulier ou une universalité.

Nous abandonnerons donc les expressions du Code Civil pour employer les autres.

Ceci posé, recherchons quel sera le sort de l'hypothèque légale de la femme, au cas où un immeuble propre du mari a été ameubli par lui. Cet immeuble, aux termes de l'article 1507, tombe dans la communauté comme les meubles mêmes, c'est un conquêt.

Donc si l'immeuble a été aliéné ou si le mari l'a hypothéqué, la femme acceptante sera censée avoir aliéné ou hypothéqué elle-même le bien, elle ne pourra inquiéter l'acquéreur ni le créancier hypothécaire. Supposons maintenant que le fonds existe encore dans la communauté au jour de la dissolution ; nous appliquerons ici l'effet déclaratif de l'article 883 et nous concluons, que la femme pourra exercer son hypothèque légale sur cet immeuble, au cas où, par le partage, il serait donné au mari.

Remarquons ici qu'il y a une plus grande chance que cet immeuble revienne au mari, qui l'a ameubli ; l'article 1509 contient, en effet, une disposition spéciale : « L'époux qui a ameubli un » héritage, a, lors du partage, la faculté de le retenir, » en le précomptant sur sa part, pour le prix qu'il » vaut alors, et ses héritiers ont le même droit ».

La solution serait la même, si le bien avait été ameubli en propriété par la femme, puisque, dans cette hypothèse, l'immeuble devient encore conquêt de la communauté.

Nous devons, au contraire, faire une distinction entre le cas où un ameublissement en valeur émane du mari et celui où il provient de la femme.

Si nous supposons que l'immeuble, sur lequel la communauté a un droit de créance seulement,

est un propre de la femme, il va de soi qu'il ne peut jamais être atteint par l'hypothèque légale de celle-ci, puisqu'on ne peut avoir une hypothèque sur ce dont on est propriétaire.

Et si le mari a aliéné l'immeuble, de deux choses l'une : ou, bien il a eu le consentement de la femme et alors c'est la femme qui a vendu son propre bien et elle ne peut se plaindre ; ou bien le mari s'est passé de son consentement et, en ce cas, la vente est nulle, puisque c'est une vente de la chose d'autrui et la femme revendiquera victorieusement contre l'acheteur, sauf à être tenue, en tant que commune, de la moitié des dommages-intérêts qu'obtiendra celui-ci.

Mais si c'est un immeuble du mari qui a été ameubli, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, nous accorderons, au contraire, à la femme une hypothèque légale.

Car, nous l'avons vu, cet immeuble ne tombe pas en communauté, ne devient pas un conquêt, mais, au contraire, il reste propre au mari qui peut en disposer à son gré pendant le mariage, l'aliéner ou l'hypothéquer, comme bon lui semble.

La femme aura donc sur ce bien l'hypothèque légale que lui accorde l'article 2121 sur les biens du mari ; elle pourra poursuivre le tiers qui l'a acquis ou le créancier hypothécaire.

Reste à voir maintenant ce qui se produira si, lors de la dissolution de la communauté, les immeubles ameublis se trouvent encore dans la possession des époux.

Celui d'entre eux (le mari dans notre hypothèse) « qui a fait l'ameublisement, est tenu de les » comprendre dans la masse commune, disent » AUBRY et RAU. Cependant l'époux, qui a » consenti un ameublisement indéterminé, soit » en général, soit particulier, est autorisé à retenir » les immeubles qui en font l'objet en tenant » compte à la communauté de la somme pour » laquelle il les avait ameublis » (1).

Donc, d'après cette théorie, si le mari retient par devers lui les immeubles pour ne verser dans la masse commune que la somme fixée à l'ameublisement, les biens continuent à lui appartenir en propre, la femme aura sur eux une hypothèque légale.

Mais si au contraire, le mari, ne pouvant verser en deniers dans la masse à partager le montant de la créance née de l'ameublisement, se voit contraint de mettre le bien lui-même dans la communauté, alors nous devons attendre que le partage ait eu lieu et suivant que le bien aura été

(1) AUBRY et RAU. *Droit Civil Français*, t. 5, p. 481.

attribué au mari ou à la femme, celle-ci aura ou n'aura pas d'hypothèque légale.

§ 2.

Au cas où la femme a épousé un commerçant tombé depuis en faillite.

Le Code de Commerce apporte au droit d'hypothèque légale de la femme mariée une importante restriction, contenue dans les articles 563 et 564.

Le premier de ces articles est ainsi rédigé :

« Lorsque le mari sera commerçant au moment de
» la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant
» pas alors d'autre profession déterminée, il
» sera devenu commerçant dans l'année, les
» immeubles qui lui appartiendraient, à l'époque
» de la célébration du mariage, ou qui lui seraient
» advenus depuis, soit par succession, soit par
» donation entre vifs ou testamentaire, seront
» seuls soumis à l'hypothèque légale de la femme :
» 1^o pour les deniers et effets mobiliers qu'elle
» aura apportés en dot ou qui lui seront advenus
» depuis le mariage, par succession ou donation
» entre vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera
» la délivrance ou le paiement par acte ayant date
» certaine ; 2^o pour le emploi de ses biens aliénés

» pendant le mariage ; 3^o pour l'indemnité des
» dettes par elle contractées avec son mari ».

Et l'article 564 ajoute que la femme mariée, dans les conditions prévues à l'article précédent, « ne pourra exercer dans la faillite aucune action à » raison des avantages portés au contrat de » mariage ».

La raison de cette restriction aux droits de la femme est fort juste.

A quel moment, en effet, viendra-t-elle exercer son hypothèque légale, si ce n'est après la faillite du mari ? La communauté, alors, sera dissoute par une séparation de biens judiciaire, que la femme réclamera et obtiendra, sa dot étant compromise et l'exercice de ses reprises incertain.

Il fallait donc concilier les droits de la femme et ceux des créanciers du mari failli.

Or, c'est avec l'argent de ceux-ci que les immeubles ont été acquis ; le législateur du moins présume que le commerçant a acheté ces immeubles, au lieu de payer ses créanciers ; il est donc juste de leur faire revenir les sommes, qui proviendront de la vente des conquêts.

Quant à la disposition de l'article 564, relative aux avantages matrimoniaux, le motif en a été donné par les rédacteurs du Code, lorsqu'ils l'ont discuté. Des contrats de mariage étaient combinés

en prévision d'une faillite, de telle sorte que les créanciers fussent fraudés et que la fortune passât sur la tête de la femme. Le moyen le plus énergique d'empêcher cette collusion était de décider que tous les avantages, portés au contrat de mariage, seraient révoqués (1).

Ces règles spéciales ne s'appliquent d'ailleurs qu'au cas où le mari tombe en faillite : en effet, c'est une disposition exceptionnelle, contenue au Titre des Faillites ; on ne peut donc l'étendre d'un cas à un autre.

La même restriction à l'hypothèque légale de la femme doit cependant être faite, au cas où le mari est mis en liquidation judiciaire, car l'article 24 de la loi du 4 mars 1889 édicte que : « Toutes les » dispositions du Code de Commerce, qui ne sont
• » pas modifiées par la présente loi, continueront à » recevoir leur application au cas de liquidation » judiciaire, comme au cas de faillite ».

Cette loi n'a rien changé des dispositions de l'article 563 et 564 ; le sort de la femme d'un commerçant, mis en liquidation judiciaire, est donc semblable à celui de la femme du failli.

Mais pour que l'hypothèque légale soit ainsi restreinte, il faut qu'au moment de la célébration du mariage, le mari ait été commerçant.

(1) LOCRÉ, t. 7, p. 121.

Il ne suffit pas, d'ailleurs, qu'il prenne à son contrat de mariage ou dans un autre acte authentique le titre de commerçant, il faut, au contraire, qu'il fasse réellement des actes de commerce. Il ne résulte de cette prise de qualité qu'une présomption, que la femme peut écarter en en prouvant l'inexactitude.

Inversement, si le mari, exerçant une autre profession, se livrait, à l'époque du mariage, à des actes de commerce si fréquents qu'on pût le considérer comme un véritable commerçant, la femme, au cas de faillite, voit son hypothèque légale réduite.

« Attendu, dit la Cour de Nîmes, que la profession de Notaire, qu'exerçait Martin à l'époque de son mariage, ne suffit pas à elle seule pour écarter l'application des articles 563 et 564 du Code de Commerce, si, d'ailleurs, indépendamment de la profession de Notaire, il exerçait, en même temps et à la même époque, celle de commerçant » (1).

Le Code assimile à la femme, dont le mari était commerçant lors du mariage, celle, dont le mari, n'ayant pas alors une profession déterminée, devient commerçant dans l'année du mariage.

(1) *Cour de Nîmes*, 10 juillet 1851. D. P. 2, 216.

Mais, tandis que le législateur de 1807 voulait que ces dispositions s'appliquassent « à la femme » qui aura épousé un fils de négociant, n'ayant à » cette époque aucun état ou profession déterminé, et qui deviendrait lui-même négociant », la loi de 1838 met le fils de négociant au rang des autres individus.

Dans les conditions, que nous venons d'indiquer, l'hypothèque légale de la femme est restreinte, soit quant aux immeubles qu'elle grève, soit quant aux créances qu'elle garantit.

L'article 563 décide, en effet, que seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme : 1^o les biens qui appartenaient au mari, au jour de la célébration du mariage ; 2^o ceux qui lui sont advenus, depuis lors, par succession, donation et testament.

Nous avons vu pour quelle raison elle ne s'étend jamais aux immeubles, acquis à titre onéreux pendant le mariage, même si, antérieurement à la déclaration de faillite, le mari avait revendu un de ces immeubles, et quoique la femme renonce à la communauté.

En ce qui concerne les conquêts de communauté, il est donc certain que l'hypothèque légale de la femme ne pourra les atteindre, si le mari tombe en faillite pendant le mariage, puisque les conquêts proviennent justement d'acquisitions à

titre onéreux. Si l'un des conjoints meurt, sans que le commerçant fût en état de cessation de paiement, les articles 563 et 564 ne s'appliqueront plus, mais, au contraire, les règles de droit commun : l'hypothèque légale de la femme atteindra tous les conquêts, si elle renonce à la communauté ; au cas d'acceptation, cette hypothèque ne grèvera que les biens mis au lot du mari, elle sera même primée par les droits réels qu'aurait constitués le chef de l'association conjugale sur ces immeubles.

Quant aux créances que garantit cette hypothèque restreinte, l'article 563 nous les indique limitativement : 1^o la reprise des deniers et effets mobiliers apportés en dot ou des biens advenus par succession ou donation ; encore faudra-t-il que la femme prouve par acte, ayant date certaine la réception de ces objets ; 2^o le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage ; 3^o l'indemnité qui lui est due pour la dette dontractée avec son mari.

C'est la même énumération que celle de l'article 2135, mais tandis que la femme mariée pourra faire valoir son hypothèque légale pour « raison de ses conventions matrimoniales », celle, qui aura épousé un commerçant failli, est privée des avantages matrimoniaux que lui avait faits son mari ; nous avons vu quelle était la raison de l'article 564.

V. — CONCLUSION. — PROJETS DE RÉFORME.

Les principes de notre législation actuelle nous font adopter ces solutions; mais notre régime hypothécaire est maintenant très critiqué et il est vraisemblable que, dans un temps assez rapproché, sa réforme sera chose faite.

Dans ces dernières années, différents projets ont été présentés au Parlement. En 1890, un crédit d'un million fut voté pour étudier la revision du cadastre qui « constituerait la base de la » propriété foncière, *assurera la sécurité des » hypothèques* et la régularité des transactions » mobilières... et deviendrait le grand-livre » terrier de la France » (1).

Une commission fut instituée. Tandis qu'elle travaillait, divers projets furent soumis aux Chambres, ayant tous le même but, et le Gouvernement, tenant compte de toutes ces manifestations d'opinions, présenta au Sénat un projet de loi complet sur la réforme hypothécaire (2), qui

(1) *Officiel*, 26 Décembre 1890.

(2) Annexe N° 2. Séance du Sénat, 27 Octobre 1896.

apporte des modifications profondes à l'hypothèque légale de la femme mariée.

L'article 19 propose, en effet, des dispositions nouvelles : si le mariage a été précédé d'un contrat, on y déterminera pour quelle somme la femme aura un droit d'hypothèque. On évaluera d'avance le montant des reprises de la femme ; celle-ci sera, dès le jour du mariage, créancière d'une somme déterminée, qui comprendra nécessairement le montant de sa dot, de ses conventions matrimoniales et, approximativement, des récompenses, qui pourront lui être dues au jour de la dissolution de la communauté. En outre, le contrat de mariage désignera quels immeubles du mari seront grevés par cette hypothèque légale. On pourra, d'ailleurs, y affecter, non seulement les biens dont le mari est propriétaire au jour du mariage, mais aussi les biens qu'il pourra acquérir par la suite, même les conquêts de communauté qui lui seraient donnés au partage.

Tous les immeubles que le mari acquerra durant la communauté et qui n'auraient pas été compris dans cette désignation, seront affranchis de l'hypothèque de la femme. Si, cependant, aucune affectation spéciale n'était faite, les immeubles seuls, que posséderait le mari au moment du mariage, seraient soumis au droit d'hypothèque légale.

Lorsque les époux se seront mariés sans contrat, il n'y aura eu ni affectation d'immeubles ni évaluation des reprises. Seront donc seuls grevés de l'hypothèque légale les immeubles qui sont la propriété du mari au jour du mariage et par conséquent les conquêts ne seront jamais frappés.

Quant aux droits garantis par l'hypothèque, ce seront ceux que le vieil article 2135 a garantis, c'est-à-dire le recouvrement de la dot et des conventions matrimoniales, les sommes dotales provenant de donation ou de succession pendant le mariage, les récompenses dues à la femme. Le projet de réforme ne contient aucune disposition spéciale à ce sujet; on devra donc suivre les anciens errements, si, lors de la discussion, aucun amendement ne modifie le Code Civil actuel.

Les autres articles s'occupent de l'inscription de l'hypothèque légale, qui, dorénavant, devra toujours être prise; le notaire, lorsqu'il y aura contrat, devra même prévenir les futurs époux de leur obligation d'inscrire l'hypothèque et en faire mention au contrat. Mais ce sont là des questions en dehors de notre sujet et que nous ne devons, par conséquent, pas aborder.

VU

Le Président,
LÉON MICHEL.

VU

Le Doyen,
GLASSON.

VU

ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur,
de l'Académie de Paris.

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

I. — Introduction. — La communauté est une indivision. — Etude des théories diverses. — L'acceptation de la femme entraîne ratification des actes du mari.....	1 à 34
II. — La femme renonce à la communauté. — Eterdue de son hypothèque légale. — Objections de Persil et de Valette. — L'hypothèque frappe tous les conquêts indistinctement.....	35 à 47
III. — La femme accepte la communauté. — 3 théories..	48 à 51
§ 1. — L'hypothèque ne porte sur aucun conquêt. — Théorie de Troplong : l'hypothèque est inutile, la femme exerce ses reprises comme propriétaire. Réfutation	51 à 65
§ 2. — L'hypothèque légale porte sur tous les conquêts. — Théorie de Gauthier, Bertauld et Pont. — Réfutation.....	65 à 77
§ 3. — L'hypothèque légale ne porte que sur les biens de la communauté, mis par le partage au lot du mari. Elle ne prime pas les hypothèques constituées pendant le mariage sur les conquêts. — Jurisprudence.....	77 à 93
Solution pour le cas de Société d'acquêts jointe au régime dotal.....	93 à 98
§ 4. — Collocation provisoire de la femme pendant la communauté.....	98 à 104
IV. — De l'hypothèque légale sur les conquêts dans quelques cas spéciaux.	
§ 1. — Au cas d'ameublement par le mari d'un de ses propres.....	105 à 109
§ 2. — Au cas où la femme a épousé un commerçant qui tombe en faillite	109 à 114
V. — Conclusion. — Projets de réforme.....	115 à 118

LILLE. — IMPRIMERIE L. DANIEL.
